

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Título del informe

**“INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA S/N, CONSORCIO NESHUYA
CONTRA PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL –
PROVÍAS NACIONAL”**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de **ABOGADO**

Autor

Castro Escate, Jesús Antonio

Revisor/a

Dr. Juan Carlos Morón Urbina

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por objeto revisar los principales problemas jurídicos que plantea el laudo derivado del tercer proceso arbitral seguido por el Consorcio Neshuya contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVÍAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, el cual resolvió las divergencias surgidas entre dichas partes por la ejecución del Proyecto de Obra Pública **“Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco – Tingo María – Pucallpa, sector Aguaytía – Pucallpa, Tramo III: Neshuya – Pucallpa”**. En ese orden de ideas, el informe aborda el marco normativo vigente al momento de surgidas las controversias y, a partir de ello, analiza si el pronunciamiento recogido en el laudo resulta adecuado. Cabe señalar que este expediente, a pesar de su relativa antigüedad, nos permite analizar, entre otros aspectos, el tratamiento de las materias arbitrables, especialmente lo referido a la potestad de la Contraloría General de la República para aprobar adicionales y el enriquecimiento sin causa; así como también, la ejecución de mayores metrados. Es así que la importancia del presente informe reside, precisamente, en que tales tópicos mantienen plena vigencia en la actualidad y, a pesar de las sucesivas modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado, su aplicación todavía resulta compleja y continúa siendo causa de controversias entre contratistas y el Estado. Finalmente, realizado el análisis correspondiente, se concluye que la decisión emitida por el Tribunal Arbitral fue correcta a la luz de la normativa aplicable.



ÍNDICE ANALÍTICO

I. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. Identificación de las áreas del Derecho sobre las que versa el Expediente.....	4
1.2. Justificación de la elección del Expediente.....	4
II. ANTECEDENTES.....	4
2.1. Aspectos generales.....	4
2.2. Presupuestos adicionales.....	5
2.3. Ampliaciones de plazo.....	7
2.4. Procesos arbitrales previos.....	7
2.4.1. Proceso arbitral N° 01.....	7
2.4.2. Proceso arbitral N° 02.....	8
2.5. Término de la obra.....	8
III. MARCO JURÍDICO.....	9
IV. HECHOS RELEVANTES.....	9
4.1. Hechos ocurridos durante la ejecución de la obra.....	9
4.1.1. Ejecución de un mayor alcance contractual en la partida de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.....	9
4.1.2. Ejecución de mayores metrados a los previstos en el expediente técnico.....	12
4.2. Liquidación de obra.....	13
4.3. Solicitud de arbitraje y presentación de la demanda (Proceso Arbitral N° 03).....	14
4.3.1. Fundamentos del Consorcio sobre las pretensiones principales.....	15
4.3.2. Fundamentos del Consorcio sobre las pretensiones subordinadas.....	16
4.4. Contestación de la demanda.....	17
4.4.1. Excepciones planteadas por Provías Nacional.....	17
4.4.2. Fundamentos de Provías Nacional.....	18
4.5. Peritaje técnico.....	19
4.6. Laudo arbitral.....	20
4.6.1. Cuestiones previas.....	21
4.6.1.1. Excepción de incompetencia por enriquecimiento sin causa.....	21
4.6.1.2. Excepción de incompetencia por la revisión de una decisión de la Contraloría General de la República.....	22
4.6.2. Análisis del fondo de la controversia.....	22
4.6.2.1. Indemnización por los mayores costos derivados de la ejecución de la partida de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.....	22
4.6.2.2. Indemnización por los mayores metrados ejecutados.....	24
4.6.2.3. Las pretensiones subordinadas.....	26
4.6.2.4. Pago de costos y costas del proceso.....	26
4.7. Voto en discordia.....	26
4.7.1. Indemnización por los mayores costos derivados de la ejecución de la partida de mantenimiento de tránsito y seguridad vial y sus pretensiones subordinadas.....	26
4.7.2. Indemnización por los mayores metrados ejecutados y sus pretensiones subordinadas.....	27
4.7.3. Pago de costos y costas del proceso.....	28
4.8. Recurso de interpretación.....	28
4.9. Recurso de anulación de laudo.....	28

V. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	29
5.1. Las materias arbitrables: el enriquecimiento sin causa y la prerrogativa de la Contraloría sobre la aprobación de presupuestos adicionales mayores al 15% del monto total del contrato.....	29
5.1.1. Naturaleza del enriquecimiento sin causa.....	30
5.1.2. Las materias arbitrables y su tratamiento legislativo.....	31
5.1.3. Nuestra posición.....	33
5.2. Las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa y su calidad de cosa juzgada.....	37
5.2.1. Naturaleza jurídica y efectos de la cosa juzgada.....	39
5.2.2. Requisitos de atribución y consecuencias de la calidad de cosa juzgada.....	40
5.2.3. Nuestra posición.....	41
5.3. Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial: ¿prestación adicional de obra o mayor metrado?	44
5.3.1. El contrato de obra pública.....	44
5.3.2. Las obras adicionales y los mayores metrados.....	46
5.3.3. La buena fe y el equilibrio económico del contrato.....	50
5.3.4. El procedimiento de aprobación de obras adicionales y mayores metrados.....	50
5.3.5. Nuestra posición.....	52
5.4. La procedencia de las pretensiones indemnizatorias planteadas por el consorcio y el incumplimiento contractual de Provías Nacional.....	56
5.4.1. Las obligaciones en el contrato de obra pública.....	56
5.4.2. La responsabilidad por la inejecución de obligaciones.....	58
5.4.3. Nuestra posición.....	59
5.5. La procedencia del recurso de anulación de laudo.....	66
5.5.1. La naturaleza del recurso de anulación de laudo.....	66
5.5.2. Los requisitos de procedencia del recurso de anulación de laudo.....	67
5.5.3. Nuestra posición.....	68
VI. CONCLUSIONES.....	69
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	72

I. INTRODUCCIÓN

El presente caso versa sobre tercer proceso arbitral impulsado por el Consorcio Neshuya (en lo sucesivo, indistintamente “**EL CONSORCIO**” o el “**Contratista**”) contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVÍAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC (en adelante, indistintamente, “**PROVÍAS NACIONAL**” o la “**Entidad**”), respecto a las controversias surgidas de manera posterior a la liquidación del contrato celebrado entre ambas partes.

1.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS ÁREAS DEL DERECHO SOBRE LAS QUE VERSA EL EXPEDIENTE

El presente expediente versa sobre las siguientes materias: (i) Derecho Administrativo, concretamente Contrataciones Públicas (ii) Derecho Civil, en particular las áreas de Obligaciones y Contratos y (iii) Arbitraje.

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL EXPEDIENTE

El presente expediente fue seleccionado dado que permite el análisis de aspectos controvertidos, a saber, las materias arbitrales, en particular, el enriquecimiento sin causa y la prerrogativa de la Contraloría General de la República para la aprobación previa de presupuestos adicionales; y, de otro lado, a los mayores metrados cuya aplicación práctica no ha estado exenta de dificultades.

Asimismo, el presente caso adquiere particular relevancia dadas las modificaciones introducidos en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado sobre las pretensiones relacionadas al enriquecimiento sin causa, así como por el particular tratamiento que vienen recibiendo los mayores metrados en el marco de la Directiva N° 001-2019-MTC/20.

II. ANTECEDENTES

En primer lugar, conviene revisar ciertos aspectos generales relacionados al Contrato de Ejecución de Obra que nos permitirán contextualizar las materias controvertidas materia del presente análisis.

2.1. ASPECTOS GENERALES

EL CONSORCIO estuvo conformado por las empresas ANDRADE GUTIERREZ, TRANSLEI y CASA y participó en la Licitación Pública Internacional LPIO 0008-2003-MTC/20 convocada por **PROVÍAS NACIONAL** para la ejecución del Proyecto “**Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco – Tingo María – Pucallpa, sector Aguaytía – Pucallpa, Tramo III: Neshuya – Pucallpa**” (en adelante, “**EL CONTRATO PRINCIPAL**”). Esta obra se ubicó en el departamento de Ucayali y contó con el financiamiento público y del Banco Interamericano de Desarrollo, mediante el Préstamo N° 1150/OC-PE.

Con fecha 27 de agosto de 2004, **PROVIÁS NACIONAL** otorgó la Buena Pro para la ejecución del Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20 para la ejecución del **CONTRATO PRINCIPAL**. De esa manera, ambas partes suscribieron el **CONTRATO PRINCIPAL** con fecha 23 de noviembre de 2004.

Cabe señalar que el plazo de ejecución de obra estuvo previsto, originalmente, en 540 días calendario, de acuerdo al numeral 3.2 del **CONTRATO PRINCIPAL**. Es así que la fecha prevista para el inicio de actividades estuvo pactada para el 01 de abril de 2005.

Por otro lado, el sistema de contratación fue pactado en Precios Unitarios y el monto inicial **ascendió a US\$ 27'103,742.12 (Veintisiete Millones Ciento Tres Mil Setecientos Cuarenta y Dos con 12/100 Dólares Americanos)**, incluido el IGV. Dicho monto inicial se calculó en base a los precios ofertados por **EL CONSORCIO** al 30 de octubre de 2003.

A ello debe agregarse que se consideraron dos fuentes de financiamiento, por un lado, el tesoro público y, por otra parte, el préstamo realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo a través del Préstamo N° 1150/OC-PE.

2.2. PRESUPUESTOS ADICIONALES

Ahora bien, consideramos necesario señalar que durante la ejecución del **CONTRATO PRINCIPAL** se tramitaron seis (06) presupuestos adicionales y tres (03) presupuestos deductivos, los cuales se describen brevemente a continuación:

- i. **Presupuesto Adicional N° 01:** Obras de arte y drenaje, aprobado por Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por un monto de USD\$ 393,467.45 (Trescientos Noventa y Tres Mil Cuatrocientos Sesenta y Siete con 45/100 Dólares Americanos).
- ii. **Presupuesto Adicional N° 02:** Mayores metrados por desbroce y limpieza, aprobado por Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por un monto de USD\$ 272,142.29 (Doscientos Setenta y Dos Mil Ciento Cuarenta y Dos con 29/100 Dólares Americanos).
- iii. **Presupuesto Adicional N° 03:** Pavimentos y reemplazo de material, aprobado por Resolución Directoral N° 1835-2005-MTC/20 de fecha 08 de noviembre de 2005, por un monto de USD\$ **1'972,564.44** (Un Millón Novecientos Setenta y Dos Mil Quinientos Sesenta y Cuatro con 44/100 Dólares Americanos).

Además, se aprobó el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 01 por un monto de USD\$ 775,255.74 (Setecientos Setenta y Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Cinco con 74/100 Dólares Americanos).

- iv. **Presupuesto Adicional N° 04**: Obras de arte y drenaje II, aprobado por Resolución Directoral N° 161-2006-MTC/20 de fecha 30 de enero de 2006, por un monto de USD\$ 227,718.26 (Doscientos Veintisiete Mil Setecientos Dieciocho con 26/100 Dólares Americanos).
- v. **Presupuesto Adicional Reestructurado N° 05**: Canteras y pavimentos, aprobado por Resolución Directoral N° 611-2006-MTC/20 de fecha 16 de marzo de 2006, por un monto de USD\$ 672,430.90 (Seiscientos Setenta y Dos Mil Cuatrocientos Treinta con 90/100 Dólares Americanos).

De la misma manera se aprobó el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02, por un monto de USD\$ 211,808.52 (Doscientos Mil Ochocientos Ocho con 52/100 Dólares Americanos).

- vi. **Presupuesto Adicional N° 06**: Mayores Metrados por movimiento de tierras, pavimentos, obras de arte, drenaje y partidas nuevas, aprobado por Resolución Directoral N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, por un monto de USD\$ 11'600,851.35 (Once Millones Seiscientos Mil Ochocientos Cincuenta y Uno con 35/100 Dólares Americanos).

Conjuntamente, se aprobó el presupuesto Deductivo Vinculante N° 03 por un monto de USD\$ 4'915,824.32 (Cuatro Millones Novecientos Quince Mil Ochocientos Veinticuatro con 32/100 Dólares Americanos).

Debido al monto comprometido de este adicional, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable al **CONTRATO PRINCIPAL**, este último presupuesto adicional requería la autorización de la Contraloría General de la República. Es así que, seguido el trámite correspondiente a cargo de **PROVÍAS NACIONAL**, la Contraloría únicamente aprobó la ejecución y el pago de USD\$ 3'000,000.00 (Tres Millones con 00/100 Dólares Americanos) mediante la Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006.

Ante ello, **PROVÍAS NACIONAL** interpuso un recurso de reconsideración que derivó en la emisión de la Resolución de Vicecontralora N° 014-2006-CG de fecha 25 de agosto de 2006 que, modificando el monto inicialmente considerado, autorizó la ejecución y pago de USD\$ 6'772,938.69 (Seis Millones Setecientos Setenta y Dos Mil Novecientos Treinta y Ocho con 69/100 Dólares Americanos).

Frente a dicha decisión, **PROVÍAS NACIONAL** interpuso un recurso de apelación, tras el cual se emitió la Resolución de Contraloría N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006, aprobando la ejecución del adicional hasta por la suma de USD\$ 9'726,398.46 (Nueve Millones Setecientos Veintiséis Mil Trescientos Noventa y Ocho con 46/100 Dólares Americanos).

2.3. AMPLIACIONES DE PLAZO

La ejecución del **CONTRATO PRINCIPAL** también requirió la tramitación de seis (06) ampliaciones de plazo, de las cuales fueron aprobadas únicamente las siguientes:

- i. **Ampliación de Plazo N° 02**: 11 días calendario, aprobada por Resolución Directoral N° 758-2005-MTC/20 de fecha 01 de agosto de 2005.
- ii. **Ampliación de Plazo N° 04**: 28 días calendario, aprobada por Resolución Directoral N° 1893-2005-MTC/20 de fecha 15 de noviembre de 2005.
- iii. **Ampliación de Plazo N° 05**: 146 días calendario, aprobada por Resolución Directoral N° 2109-2005-MTC/20 de fecha 07 de diciembre de 2005.
- iv. **Ampliación de Plazo N° 06**: 83 días calendario, aprobada por Resolución Directoral N° 2480-2006-MTC/20 de fecha 05 de octubre de 2005.

Es importante tener en cuenta que, en conjunto, las referidas ampliaciones de plazo añadieron 268 días calendario al plazo de ejecución de obra inicialmente previsto. De modo tal que el plazo final de la obra se modificó y quedó establecido ya no en 540 días calendario, sino en 808 días calendario. Siendo ello así la fecha de finalización de los trabajos estuvo prevista para el 17 de junio de 2007.

2.4. PROCESOS ARBITRALES PREVIOS

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, consideramos importante señalar que la controversia generada al momento de definir la liquidación de obra y que se discute en el presente informe no fue la única que mantuvieron **PROVIAS NACIONAL** y **EL CONSORCIO**. Por el contrario, ambas partes tuvieron diferencias previamente, las cuales fueron ventiladas en dos procesos arbitrales que revisaremos brevemente.

2.4.1. PROCESO ARBITRAL N° 01: REAJUSTE DE PRECIOS DE LA OFERTA (EN ADELANTE, PROCESO ARBITRAL N° 01)

La demanda fue interpuesta por **EL CONSORCIO** con fecha 20 de septiembre de 2006 y el Tribunal estuvo conformado por Mario Castillo Freyre (presidente), Oswaldo Hundskopf y Ramiro Rivera Reyes (árbitros).

Este arbitraje tuvo como pretensión única el reajuste de precios de la oferta debido al retraso que se produjo desde la presentación de la oferta de **EL CONSORCIO** hasta la suscripción del **CONTRATO PRINCIPAL**. Asimismo, como pretensión accesoria **EL CONSORCIO** solicitó la aplicación del factor de reajuste $K = 1.1349$ sobre el precio contractual.

De tal manera que mediante la Resolución N° 24 de fecha 12 de diciembre de 2007, el Tribunal reconoció el derecho de **EL CONSORCIO** al reajuste de los precios ofertados por la demora en la suscripción del **CONTRATO PRINCIPAL**, aplicando un factor de reajuste $K = 1.106$.

2.4.2. PROCESO ARBITRAL N° 02: MAYORES COSTOS DE LA PARTIDA 103, EJECUCIÓN DE MAYORES METRADOS Y APLICACIÓN DE FACTOR DE REAJUSTE (EN ADELANTE, PROCESO ARBITRAL N° 02)

La demanda fue interpuesta por **EL CONSORCIO** con fecha 26 de octubre de 2007 y el Tribunal estuvo conformado por Luciano Barchi (presidente), Oswaldo Hundskopf y Alejandro Falla (árbitros).

Este arbitraje, a diferencia del primero tuvo diversas pretensiones, entre principales, accesorias y subordinadas. No revisaremos todas ellas sino únicamente aquellas que resultan relevantes a efectos del análisis del presente informe y que describimos a continuación:

- i. Segunda Pretensión Principal: Indemnización por enriquecimiento sin causa por los mayores costos por mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
- ii. Cuarta Pretensión Principal: Que se declare que se ha producido un **enriquecimiento sin causa por el monto de US\$ 1'312,372.22 por la ejecución de mayores metrados y obras adicionales.**
- iii. Séptima Pretensión Principal: **US\$ 1'217,766.58 por concepto de la actualización de los precios ofertados por aplicación del factor de reajuste $K=1.1106$ establecido mediante el Laudo Arbitral de Derecho de fecha 12 de diciembre de 2007, más intereses legales devengados.**

Mediante Resolución N° 65 de fecha 30 de octubre de 2009, el Tribunal emitió el laudo que resolvió, entre otros aspectos, lo siguiente:

- i. Se declaró IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal.
- ii. Se declaró IMPROCEDENTE la Cuarta Pretensión Principal.
- iii. Se declaró FUNDADA la Séptima Pretensión Principal, ordenándose el pago de **US\$ 1'217,214.96** (Un Millón Doscientos Diecisiete Mil Doscientos Catorce con 96/100 Dólares Americanos) a favor de **EL CONSORCIO**, más intereses.

Es importante tener en cuenta que, respecto a la Segunda y Cuarta Pretensiones Principales, el Tribunal Arbitral señaló que existían vías alternativas al enriquecimiento sin causa tales como la indemnización por daños y perjuicios o la aplicación del procedimiento de aprobación de adicionales previsto en el numeral 14 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC). Por ello, dichas pretensiones fueron IMPROCEDENTES, no obstante, el Tribunal no se pronunció sobre la procedencia de dichas vías alternativas por no ser materia del proceso.

2.5. TÉRMINO DE LA OBRA

No obstante, el plazo concedido por las ampliaciones de plazo, **EL CONSORCIO** culminó sus actividades el 28 de febrero de 2007, es decir, mucho antes de la fecha de término previsto de acuerdo a las ampliaciones de plazo.

Siendo ello así, se elaboró la liquidación de la obra momento en el cual surgieron discrepancias entre la Supervisión de Obra y **EL CONSORCIO** respecto a los montos considerados en la referida liquidación, las mismas que detallamos en el numeral 4.2 siguiente. Dichas diferencias relacionadas a los montos a considerar en la liquidación de obra son las que generaron la controversia que se ventiló en el tercer y último proceso arbitral que es materia de análisis del presente informe.

III. MARCO JURÍDICO

El marco normativo aplicable a los hechos y controversias que son materia del presente análisis son los siguientes:

- i. Decreto Supremo N° 012-2001-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- ii. Decreto Supremo N° 013-2001-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- iii. Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República.
- iv. Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG que modifica la Directiva sobre autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra pública.
- v. Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto legislativo que norma el arbitraje.
- vi. Decreto Legislativo N° 295 - Código Civil.
- vii. Decreto Legislativo N° 768 y Resolución Ministerial N° 010-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

IV. HECHOS RELEVANTES

A fin de dilucidar los problemas jurídicos que presenta el caso propuesto, repasaremos los hechos relevantes que originan las controversias entre **EL CONSORCIO** y **PROVIAS NACIONAL** que derivan en el tercer proceso arbitral que es materia de análisis del presente informe.

4.1. HECHOS OCURRIDOS DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

Durante la ejecución de la obra, se sucedieron determinadas incidencias que afectaron el normal desarrollo de la misma, las cuales describimos a continuación:

4.1.1. EJECUCIÓN DE UN MAYOR ALCANCE CONTRACTUAL EN LA PARTIDA DE MANTENIMIENTO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL

Como parte de las actividades a su cargo, **EL CONSORCIO** tenía la obligación de resguardar el mantenimiento de tránsito y seguridad vial. Así, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 27 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), así como en el literal c) del numeral 103.01 de las Especificaciones Técnicas de la Partida “Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial”, **EL CONSORCIO** sería responsable del mantenimiento de tránsito y seguridad vial desde la fecha de entrega del terreno por parte de **PROVIAS NACIONAL** hasta la culminación de la obra.

Dicho esto, conviene señalar que el terreno fue entregado a **EL CONSORCIO** el 31 de marzo de 2005, hecho que fue anotado mediante el Asiento No. 04 de fecha 02 de abril de 2005. Ello quiere decir que, de acuerdo a los dispositivos contractuales referidos en el párrafo precedente, el Contratista tenía a su cargo el Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial desde el 01 de abril de 2005, lo que se corrobora en la anotación precitada.

Ahora bien, entre las labores comprendidas dentro de dicha partida se encontraban el mantenimiento del tránsito público y comercial, el mantenimiento rutinario y conservación del camino en buenas condiciones, entre otras. Concretamente, dichas actividades se detallaban en el numeral 103.1 de las Especificaciones Técnicas precitado:

103.01 Descripción

Las actividades que se especifican en esta sección abarcan lo concerniente con el mantenimiento de tránsito a lo largo de toda la obra contratada y en las áreas que se hallan en construcción durante el período de ejecución de obras. Los trabajos incluyen:

- *Mantenimiento rutinario en todo el tramo, bien sea construido, en construcción o por construir.*
- *El mantenimiento de desvíos que sean necesarios para facilitar las tareas de construcción.*
- *La provisión de facilidades necesarias para el acceso de viviendas, servicios, etc. ubicadas a lo largo del Proyecto en construcción.*
- *La implementación, instalación y mantenimiento de dispositivos de control de tránsito y seguridad, acorde a las distintas fases de construcción.*
- *El control de emisión de polvo en todos los sectores sin pavimentar de la vía principal y de los desvíos habilitados que se hallan abiertos al tránsito del área del Proyecto.*
- *El mantenimiento de la circulación habitual de animales domésticos y silvestres a las zonas de alimentación y abrevadero, cuando estuvieran afectadas por las obras.*
- *El transporte de personas a las zonas de ejecución de obras*

En general se incluyen todas las acciones, facilidades, dispositivos y operaciones que sean requeridos para garantizar la seguridad y confort del público usuario erradicando cualquier incomodidad y molestias que puedan ser ocasionadas por deficientes servicios de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.

De manera adicional a los trabajos antes mencionados, la Partida 103.01 de las Especificaciones Técnicas incluían todos los servicios de bacheo o saneamiento de suelos y el esparcimiento de agua sobre la parte no pavimentada con la finalidad de controlar la emisión de polvos.

Por otro lado, es importante señalar que la Cláusula 27.6 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) señalaba que se aplicaría una penalidad del 5% del monto del contrato por cada día de atraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Entre dichas prestaciones se encontraba el mantenimiento de tránsito y seguridad vial pues el numeral 17.3 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) prevé la sanción por la falta de mantenimiento de tránsito o la ejecución defectuosa que no permita la transitabilidad de la vía.

Tal y como hemos mencionado, la obligación de **EL CONSORCIO** respecto al Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial se iniciaba a partir de la entrega del terreno por parte de **PROVIAS NACIONAL**. Siendo ello así resulta necesario revisar las condiciones de entrega del terreno ya que, como detallaremos, dichas condiciones diferían de aquellas previstas en los documentos contractuales.

De acuerdo al Estudio de Suelos y Pavimentos referido en el numeral 2.1 del Capítulo Segundo “Evaluación del estado estructural actual del pavimento” contenido en el Volumen II del Expediente Técnico de Obra elaborado por un proyectista ajeno a la relación contractual entre **PROVIAS NACIONAL** y **EL CONSORCIO**, la plataforma de la carretera estaba conformada por una capa de rodadura afirmada, espesor y ancho variable de 16.1 km de la vía, mientras que el resto del tramo presentaba revestimiento asfáltico de espesor variable.

En suma, el numeral 2.1 antes referido señalaba que el estado de la carretera era el siguiente:

- Km 0 – Km 16,1: capa rodadura en afirmado (sin asfalto) de espesor ancho y variable
- Km 16,1 – Km 40,2: calzada asfaltada con tratamiento bicapa y bermas con fuerte erosión.
- Km 40,2 – Km 55: calzada asfaltada con concreto asfáltico de 0,10 m de espesor y bermas en concreto asfáltico de 0,05 m de espesor.
- Km 55 – Km 58,8: zona urbana de Pucallpa, calzada asfaltada con concreto asfáltico de 0,10 m de espesor.

Ello resulta relevante puesto que, de acuerdo al Expediente Técnico, el mayor gasto por mantenimiento de tránsito se presentaría en 16.1 km de vía, puesto que el resto del tramo ya contaba con carpeta asfáltica, requiriendo menor inversión.

No obstante lo anterior, al momento de recepción del terreno, **EL CONSORCIO** detectó que las condiciones de la carpeta asfáltica eran sustancialmente distintas a las previstas en el Expediente Técnico.

Así pues, del cuadro “Evaluación de la Carpeta Asfáltica existente” incluido en la Carta N° 095/05 CNE-OBRA de fecha 01 de julio de 2005 remitida por **EL CONSORCIO** a la Entidad, se

evidenciaba que el total de kilómetros sin asfalto era, en realidad, de 39.34 km. Es decir, se detectaron 23.24 km adicionales de vía sin asfaltar.

Dicha diferencia se originó por el retiro de la capa asfáltica por parte del Gobierno Regional de Ucayali a fines del año 2004 e inicios del año 2005, quien estaba a cargo del mantenimiento de la vía hasta antes de la entrega del terreno a **EL CONSORCIO**. El Gobierno Regional explicó que el retiro de la carpeta asfáltica se debió a que había cumplido su vida útil.

Esta variación de las condiciones del terreno no fue comunicada a **EL CONSORCIO**, sino que esta fue identificada por el propio Contratista al momento de recibir el terreno.

A ello se debe sumar el hecho de que, tal y como mencionamos en el apartado I, durante la ejecución **PROVIAS NACIONAL** aprobó cuatro ampliaciones de plazo, las cuales extendieron el plazo de ejecución de la obra en 268 días calendario. En consecuencia, de acuerdo a las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial también se extendería en plazo.

4.1.2. EJECUCIÓN DE MAYORES METRADOS A LOS PREVISTOS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO

El origen de los mayores metrados reclamados por **EL CONSORCIO** se deriva de lo siguiente:

- a) Mayores metrados tramitados a través del procedimiento de aprobación del Presupuesto Adicional N° 06

Los alcances y nivel de profundidad del Estudio de Suelos del Expediente Técnico no permitieron establecer con precisión la caracterización de los suelos de subrasante y del pavimento existente. Así las cosas, se generó la necesidad de ejecutar mayores metrados y partidas nuevas de Movimiento de Tierras y Pavimento, los cuales se presentaron mediante el Presupuesto Adicional N° 06.

La partida comprometida por el Presupuesto Adicional N° 06 fue la Partida 200 – Movimiento de Tierras, dentro de la cual se incluían las siguientes actividades: (i) Partida 203.A – Excavación en explanaciones sin clasificar, (ii) 204 – Terraplenes, (iii) 207.E – Transporte de Material Granular, (iv) 208.C – Suministro de Material Granular de Cantera y (v) 301.B – Sub base granular con material de cantera.

Como explicamos en el apartado I, **PROVIAS NACIONAL** aprobó el Presupuesto Adicional Reestructurado N° 06 generado por “Mayores metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos, Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas”, cuyo monto ascendía a **US\$ 11'600,851.35** (Once Millones Seiscientos Mil Ochocientos Cincuenta y Un con 35/100 Dólares Americanos).

No obstante, dado que el monto comprometido excedía el límite establecido por la Ley N° 26785, se requería la autorización previa de la Contraloría General de la República. Finalmente, como ya mencionamos anteriormente, la Contraloría resolvió aprobar **únicamente el monto ascendente a US\$ 9'726,398.46** (Nueve Millones Setecientos Veintiséis Mil Trescientos Noventa y Ocho con 46/100 Dólares Americanos) al no encontrar sustento adecuado para el monto restante.

A pesar de ello **EL CONSORCIO** ejecutó los mayores metrados aduciendo la necesidad de satisfacer las Especificaciones Técnicas del Contrato y alcanzar el objeto del **CONTRATO PRINCIPAL**.

- b) Mayores metrados cuya ejecución pudo ser verificada al momento de la realización del cálculo de metrados finales

De acuerdo a **EL CONSORCIO**, al momento de efectuar el cálculo de los metrados finales se verificó que se habían ejecutado mayores metrados necesarios para dar cumplimiento a la finalidad del Contrato. Tales mayores metrados no fueron tramitados mediante el procedimiento de aprobación de adicionales de obra, pese a que, según lo señalado por el Contratista, la Supervisión tenía pleno conocimiento de los mismos.

4.2. LIQUIDACIÓN DE LA OBRA

Tal y como mencionamos anteriormente, la ejecución del **CONTRATO PRINCIPAL** culminó el 28 de febrero de 2007, es así que mediante Carta N° CNE-014-/07-RDLF.PCB de fecha 03 de abril de 2007 **EL CONSORCIO** presentó a la Supervisión de Obra la Liquidación correspondiente, incluyendo los reclamos que estimaba pertinentes. De esa manera, incluyó los montos derivados de la ejecución de los mayores metrados **por un monto total de USD\$ 1'312,372.38** (Un Millón Trescientos Doce Mil Trescientos Setenta y Dos con 38/100 Dólares Americanos).

Sin embargo, la Supervisión de Obra emitió el Informe Especial N° 280554-INFE-07-037 de fecha 23 de abril de 2007, observando la liquidación presentada por **EL CONSORCIO**, concretamente, el extremo referido a los mayores costos generados por la ejecución de los mayores metrados, indicando que el mismo constituía un monto controvertido que debía ser dilucidado a través de los medios de solución de controversias previsto en la ley.

Posteriormente, **PROVÍAS NACIONAL** emitió de la Resolución Directoral N° 1744-2007-MTC/20 de fecha 22 de mayo de 2007, en virtud de la cual se desestimó la liquidación elaborada por el Contratista y, en consecuencia, la Entidad aprobó la liquidación elaborada por la Supervisión. Así, el monto total de la obra quedó determinado en la suma de USD\$ 34'346,216.24 (Treinta y Cuatro Millones Trescientos Cuarenta y Seis Mil Doscientos Dieciséis con 24/100 Dólares Americanos).

Frente a ello, **EL CONSORCIO** rechazó la liquidación presentada por **PROVÍAS NACIONAL** y se ratificó en su posición, dejando constancia de ello mediante la carta notarial de fecha 06 de junio de 2007.

4.3. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA (PROCESO ARBITRAL N° 03)

Con fecha 23 de abril de 2010, **EL CONSORCIO** presentó su solicitud de arbitraje contra **PROVIÁS NACIONAL** respecto a las siguientes controversias:

- i. El pago de US\$ 2'208,821.64 por los mayores gastos incurridos en la ejecución de la Partida "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial", toda vez que el estado de la vía no era el previsto originalmente en el Expediente Técnico.
- ii. El pago de US\$ 1'312,372.22 por la negativa de la Entidad de pagar el monto correspondiente por la ejecución de mayores metros y obras adicionales a fin de cumplir con las especificaciones técnicas de la obra y **EL CONTRATO PRINCIPAL**, lo que fue corroborado con la recepción de la obra por parte de **PROVIÁS NACIONAL**.

En suma, el monto total de las pretensiones planteadas por **EL CONSORCIO** ascendió aproximadamente a US\$ 3'400,393.70 más intereses.

Luego, con fecha 10 de mayo de 2010, la Entidad presentó su contestación a la solicitud arbitral alegando que no existían controversias pendientes entre las partes, puesto que todas ellas fueron resueltas mediante el laudo de fecha 30 de octubre de 2009 expedido en el Segundo Proceso Arbitral.

Con fecha 06 de octubre de 2010 se instaló el Tribunal Arbitral conformado por Ernesto Vilela Valverde (presidente), Luis Felipe Pardo Narvaez, quien fue propuesto por **EL CONSORCIO** y Weyden García Rojas, quien fue propuesto por **PROVIÁS NACIONAL**. Es preciso señalar que el Tribunal Arbitral se instaló en la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), siendo que el arbitraje fue ad hoc y de derecho.

Con fecha 05 de noviembre de 2010, **EL CONSORCIO** interpuso demanda arbitral contra **PROVIÁS NACIONAL**, alegando que la misma se origina por el mayor alcance que debió ejecutar **EL CONSORCIO** en la ejecución de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito, así como la ejecución de mayores metros, debido al incumplimiento de obligaciones y/o abuso de derecho por parte de **PROVIÁS NACIONAL**. En su demanda, **EL CONSORCIO** planteó las siguientes pretensiones:

- a) Primera Pretensión Principal: US\$ 2'217,148.64 más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de **PROVIÁS NACIONAL**, el mismo que provocó un mayor alcance para el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
 - Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: US\$ 2'217,148.64 más intereses, como indemnización por abuso de derecho.

- Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: US\$ 2'217,148.64 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa.
- b) **Segunda Pretensión Principal: US\$ 1'457,520.59 más intereses**, como indemnización por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de PROVÍAS que derivaron en la ejecución de mayores metrados a los previstos en el Expediente Técnico.
- Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: US\$ 1'457,520.59 más intereses, como indemnización por abuso de derecho.
 - Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: US\$ 1'457,520.59 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa.

4.3.1. FUNDAMENTOS DEL CONSORCIO SOBRE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Tal y como hemos revisado en el numeral 3.1 precedente, son dos los hechos ocurridos durante la ejecución del contrato que derivan en la controversia que se ventila en el Proceso Arbitral N° 03 bajo análisis: (i) los mayores gastos incurridos por la ejecución de la Partida 103 – **“Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial”** y (ii) **la ejecución de mayores metrados para cumplir con el objeto del contrato.**

Respecto al punto (i), conviene recordar que, como parte de sus obligaciones **EL CONSORCIO** tenía que mantener el tránsito y la seguridad vial desde la fecha de entrega del terreno hasta la culminación de la obra. A partir de ello sostuvo que se vio obligado a ejecutar un alcance significativamente mayor al precio ofertado en **EL CONTRATO PRINCIPAL** debido a diversos incumplimientos imputables a **PROVÍAS NACIONAL**, los cuales generaron perjuicios económicos al Contratista.

De esa manera, el Contratista señaló que la Entidad había incumplido su deber de entregar el tramo en las condiciones descritas en el Expediente Técnico, ya que el terreno entregado al Contratista presentaba realmente 39.34 km de carpeta asfáltica levantada, pese a que el Expediente Técnico únicamente preveía que la vía tenía 16.1 km en dicha condición. Siendo ello así, el área sobre el cual había que mantener el tránsito y la seguridad vial (Partida 103) era mayor al previsto, generando mayores costos en dicha partida.

Por otro lado, **EL CONSORCIO** señaló que la Entidad había incumplido su deber de proporcionar un Expediente Técnico adecuado. Ello así debido a que el estudio de suelos incluido en el referido expediente no reflejó las condiciones reales de la vía, situación que sólo puso ser advertida durante la ejecución de la obra, es decir, de manera posterior a la formación del precio contractual.

Asimismo, afirmó que la Entidad no había ejecutado el contrato de buena fe, incumpliendo su deber de información, pues el cambio de las condiciones de la vía no fue informado al Contratista y dicha situación sólo pudo ser advertida durante la ejecución de la obra.

Finalmente, se argumentó que **PROVÍAS NACIONAL** había incumplido su deber de dirigir y controlar la obra. A entender de **EL CONSORCIO**, si la Entidad consideraba que el mayor costo incurrido por el cambio de las condiciones de la vía debía ser tramitado bajo el procedimiento de aprobación de adicionales, debió tramitarlos y no aprovechar el hecho de que el Contratista se encontraba ejecutando la prestación.

Sobre este punto, el Contratista adujo que no existía disposición legal alguna que precise que el trámite de adicionales era una obligación que correspondía al ejecutor de obra.

Por otra parte, en relación al punto (ii) mencionado precedentemente, debemos tener presente que la ejecución de mayores metrados estuvo vinculada a aquellos que no fueron aprobados por la Contraloría General de la República mediante el Presupuesto Adicional N° 06 y aquellos que se identificaron en el cálculo de metrados finales realmente ejecutados.

Sobre los mayores metrados vinculados al Presupuesto Adicional N° 06 aprobado parcialmente por la Contraloría General de la República, **EL CONSORCIO** señaló que dicha aprobación parcial se debió a que **PROVÍAS NACIONAL** no remitió la documentación e información suficientes para sustentar adecuadamente el expediente del presupuesto adicional ante la Contraloría.

Por otro lado, el Contratista señaló que durante el cálculo de metrado finales realmente ejecutados se detectaron mayores metrados ejecutados a fin de cumplir con el objeto del contrato pero que no fueron tramitados mediante el procedimiento de aprobación de adicionales. Ello a pesar de que la ejecución de dichos metrados fue de conocimiento de la Supervisión y de la Entidad a través de la Liquidación Final de Obra.

Sin perjuicio de ello, **EL CONSORCIO** reiteró que, en cualquier caso, la obligación de tramitar los presupuestos adicionales recaía exclusivamente en **PROVÍAS NACIONAL**, de acuerdo al numeral 13 de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, modificada mediante la Resolución de Vicecontraloría N° 036-2001-CG.

4.3.2. FUNDAMENTOS DEL CONSORCIO SOBRE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS

Como indicamos anteriormente, el Contratista planteó dos (02) pretensiones subordinadas tanto para la primera como para la segunda pretensión principal, en caso las referidas pretensiones principales resulten desestimadas. Tales pretensiones subordinadas se refirieron, en ambos casos, al abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

En el caso de la pretensión principal referida a los mayores costos incurridos por la ejecución de la Partida de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, el Contratista solicitó que, desestimarse dicha pretensión, se declare que se había producido un supuesto de abuso de derecho. Bajo ese razonamiento, **EL CONSORCIO** adujo que la Entidad abusó de su derecho a exigir la actividad de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la carretera de manera permanente e ininterrumpida, a ejercer la dirección y fiscalización de la Obra y de su derecho a percibir la prestación del Contratista, reconociéndole los mayores costos involucrados.

De la misma manera, el Contratista demandante sostuvo que, de rechazarse la primera pretensión subordinada, se declare que se había producido un supuesto de enriquecimiento sin causa ya que **PROVIAS NACIONAL** evitó el pago de los mayores costos que supuso la ejecución permanente de la referida partida contractual, ahorrándose dicho monto y, en consecuencia, enriqueciéndose a expensas del Contratista.

Por otra parte, en relación a la pretensión principal referida a la ejecución de mayores metrados, **EL CONSORCIO** requirió que de desestimarse la segunda pretensión principal, se declare que la Entidad había incurrido en un supuesto de abuso de derecho. En ese orden de ideas, el Contratista señaló que la Entidad abusó de su derecho a recibir la Obra completa y terminada, a ejercer la dirección y fiscalización de la Obra, de su derecho a rechazar la Obra y de su derecho a percibir la prestación del Contratista, reconociéndole los mayores costos involucrados.

A ello agregó que de no haberse ejecutado los mayores metrados se habría afectado la vida útil de la carretera, afectando la garantía ofrecida por el Contratista por siete (07) años a partir de la fecha de recepción. En ese orden de ideas sostuvo que de no haberse ejecutado dichos metrados, la Entidad podría haberle imputado abusivamente un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por último, al igual que en el caso anterior, **EL CONSORCIO** arguyó como última pretensión subordinada que se había producido un supuesto de enriquecimiento sin causa ya que **PROVIAS NACIONAL** se había ahorrado el pago del mayor costo por la ejecución de los mayores metrados, así como por el menor valor que terminaría pagando en calidad de contraprestación por la obra ejecutada.

4.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 29 de diciembre de 2010, **PROVIAS NACIONAL** contestó la demanda interpuesta por **EL CONSORCIO**, deduciendo excepciones y rechazando los argumentos esgrimidos por el Contratista. Revisemos brevemente tales cuestiones previas planteadas por la Entidad, así como su posición sobre la demanda.

4.4.1. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR PROVIAS NACIONAL

La Entidad dedujo una Excepción de Incompetencia respecto a la pretensión de Enriquecimiento sin Causa, señalando que este tipo de pretensiones no son arbitrables pues el enriquecimiento sin causa representa una fuente de obligaciones ajena a los contratos. A entender de **PROVIAS NACIONAL**, el enriquecimiento sin causa es autónomo de otras fuentes de las obligaciones, como el contrato, pues aquel se regula mediante normas sancionadoras que buscan revertir todo enriquecimiento injusto.

En otras palabras, la Entidad señalaba que el enriquecimiento sin causa tiene naturaleza extracontractual. Siendo ello así, esta no contaba con las facultades suficientes para incluirla en

el convenio arbitral, razón por la cual esta materia no fue plasmada expresamente en la cláusula arbitral.

En adición a lo anterior, **PROVIAS NACIONAL** remarcó la naturaleza residual de la pretensión de enriquecimiento sin causa, indicando que ello enervaba la improcedencia de la pretensión debido a la existencia de otras vías para interponer el reclamo del Contratista.

Por otra parte, la Entidad dedujo una Excepción de Incompetencia respecto a la Segunda Pretensión Principal planteada por **EL CONSORCIO** referida a la ejecución de mayores metrados.

Sobre el particular, **PROVIAS NACIONAL** alegó que la Contraloría General de la República únicamente aprobó un monto de USD\$ 9'726,398.46 (Nueve Millones Setecientos Veintiséis Mil Trescientos Noventa y Ocho con 46/100 Dólares Americanos) por el Presupuesto Adicional N° 06. En este punto es necesario recordar que, tal y como mencionamos en el apartado I, el Presupuesto Adicional N° 06 inicialmente ascendió a USD\$ 11'600,851.35 (Once Millones Seiscientos Mil Ochocientos Cincuenta y Uno con 35/100 Dólares Americanos), pero dicho monto fue desestimado por la Contraloría General de la República.

A partir de ello, la Entidad sostuvo que la suma dineraria pretendida por **EL CONSORCIO** mediante la Segunda Pretensión Principal implicaría revisar la decisión de la Contraloría General, lo que atentaba contra el artículo 23° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República que establecía que las resoluciones de Contraloría no son materia arbitrable al ser normas de ius imperium.

4.4.2. FUNDAMENTOS DE PROVIAS NACIONAL

Respecto a los mayores costos derivados de los cambios en las condiciones de la vía al momento de ser esta entregada al Contratista que derivó en mayores costos por la ejecución de la Partida 103 – “Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial”, la Entidad argumentó que dichos montos debieron ser tramitados oportunamente bajo el procedimiento de adicionales de obra. En ese orden de ideas, bajo el razonamiento de **PROVIAS NACIONAL**, el reclamo presentado por **EL CONSORCIO** refiere a un reclamo extemporáneo que debió tramitarse durante la ejecución de la obra y no ser incluida en la liquidación de obra.

A entender de la Entidad, no resultaba posible incluir el monto reclamado por el Contratista en la liquidación de obra pues ya durante esta etapa los adicionales habían sido ejecutados y ello contravendría la restricción de la Contraloría General de la República de no pagar adicionales de obra ejecutados.

Adicionalmente, **PROVIAS NACIONAL** adujo que debía tenerse en cuenta lo dispuesto por el Laudo de fecha 30 de octubre de 2009 derivado del Proceso Arbitral N° 02, en virtud del cual el Tribunal dejó establecido que los mayores trabajos relacionados a la referida Partida 103 podían haber sido objeto del procedimiento de aprobación de adicionales.

Ahora bien, en cuanto a la ejecución de mayores metrados, la Entidad sostuvo que se trataban de metrados no solicitados mediante el procedimiento de aprobación de adicionales de obra y, por ende, no podían ser incluidos en la liquidación de obra, toda vez que son dos procedimientos administrativos diferentes.

Bajo el razonamiento de la Entidad, el reclamo esgrimido por **EL CONSORCIO** alude a un adicional de cierre conformado por algunas partidas que formaban parte del Presupuesto Adicional N° 06 y por mayores metrados detectados en el cálculo final de metrados.

En cuanto a los mayores metrados derivados de aprobación parcial del Presupuesto Adicional N° 06, **PROVIAS NACIONAL** alegó que dicha pretensión supondría cuestionar y revisar una decisión de la Contraloría General de la República y que, en consecuencia, resultaba ser materia no arbitrable.

Respecto a los mayores metrados detectados durante el cálculo final de metrados realmente ejecutados, la Entidad señaló que, si bien dichos metrados pudieron haber sido verificados durante el cálculo final, se debió anotar la necesidad de su ejecución en el cuaderno de obra.

En suma, para **PROVIAS NACIONAL** el reclamo de **EL CONSORCIO** respecto a los mayores metrados versaba sobre trabajos que estaban fuera de lo previsto en **EL CONTRATO PRINCIPAL**, razón por la cual debía seguirse el procedimiento de aprobación de adicionales de obra.

4.5. PERITAJE TÉCNICO

Como parte de su fundamentación **EL CONSORCIO** ofreció y presentó un informe pericial sobre las pretensiones planteadas ante el Tribunal Arbitral, a fin de determinar y evaluar el quantum de las mismas. Dicho informe fue elaborado por el Ing. Carlos López Avilés.

En primer lugar, debemos indicar que la pericia acogió la metodología desarrollada y determinada por el laudo de fecha 11 de diciembre de 2007 del Proceso Arbitral N° 01, aplicando un factor de reajuste $K = 1.185$. Es así que el perito determinó que el quantum de la Primera Pretensión Principal por el mayor costo originado por el Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial debía ascender al monto ajustado de USD\$ 2'232,920.24 (Dos Millones Doscientos Treinta y Dos Mil Novecientos Veinte con 24/100 Dólares Americanos), incluyendo gastos generales variables, utilidad e IGV. Nótese que el monto calculado por la pericia es mayor al reclamado por el Contratista.

De la misma manera, el informe pericial concluyó que el monto de los mayores metrados realmente ejecutados por **EL CONSORCIO** ascendía a USD\$ 1'305,140.87 (Un Millón Trescientos Cinco Mil Ciento Cuarenta con 87/100 Dólares Americanos), incluyendo gastos generales variables, utilidad e IGV. Asimismo, se indicó que el monto ajustado a noviembre de 2004 se elevaba a la suma de USD\$ 1'449,489.45 (Un Millón Cuatrocientos Cuarenta y Nueve Mil Cuatrocientos Ochenta y Nueve con 45/100 Dólares Americanos), suponiendo un incremento de USD\$ 144,348.58 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Trescientos Cuarenta y Ocho con 58/100 Dólares Americanos) respecto a los precios reclamados originalmente por **EL CONSORCIO** en la Segunda Pretensión.

Ahora bien, mediante Resolución N° 08 de fecha 29 de abril de 2011, el Tribunal Arbitral incorporó el Informe Pericial al proceso, con conocimiento de **PROVIAS NACIONAL**. Pese a ello, con fecha 24 de mayo de 2011, la Entidad interpuso recurso de reconsideración contra dicha Resolución, alegando que el Tribunal Arbitral no corrió traslado de dicho informe y, en consecuencia, se había limitado su derecho de defensa.

Sin perjuicio de ello, con fecha 13 de junio de 2011, la Entidad presentó un escrito en virtud del cual desestimó la pericia presentada por **EL CONSORCIO** reiterando que los mayores trabajos correspondientes a la Partida de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial no fueron tramitados adecuadamente mediante el procedimiento de aprobación de adicionales. Por otro lado, **PROVIAS NACIONAL** insistió en que los montos reclamados por mayores metrados no contaban con la aprobación ni autorización de la Entidad ni de la Contraloría General de la República.

Sin embargo, mediante Resolución N° 13 de fecha 12 de julio de 2011, el Tribunal Arbitral declaró INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por **PROVIAS NACIONAL**, señalando que el dictamen pericial sí fue puesto en conocimiento de la Entidad, tanto así que la Entidad formuló sus descargos con fecha 13 de junio de 2011. De esta manera, el informe pericial quedó incorporado al proceso como un medio probatorio ofrecido por **EL CONSORCIO**.

4.6. LAUDO ARBITRAL

Antes de revisar los puntos resueltos por el Tribunal Arbitral conviene indicar que mediante Resolución N° 06 de fecha 18 de marzo de 2011, el Tribunal determinó los siguientes puntos controvertidos:

- a) Determinar si el Tribunal es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin causa planteadas por **EL CONSORCIO**.
- b) Determinar si el Tribunal es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a la segunda pretensión principal planteada por **EL CONSORCIO**.
- c) **Determinar si corresponde o no ordenar el pago de US\$ 2'217,148.64 más intereses, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento de la Entidad que implicó la mayor ejecución de actividades del servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.**
- d) En caso de desestimarse el punto precedente, determinar si corresponde o no ordenar el pago de USD\$ 2'217,148.64 por concepto de indemnización por abuso de derecho.
- e) En caso de desestimarse el punto precedente, determinar si corresponde o no ordenar el pago de USD\$ 2'217,148.64 por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa.
- f) Determinar si corresponde o no ordenar el pago de USD\$ 1'457,520.59 más intereses, por concepto de indemnización por el daño derivado de la ejecución de mayores metrados necesarios para ejecutar la obra pero no reconocidos ni pagados.
- g) En caso de desestimarse el punto precedente, determinar si corresponde o no ordenar el pago de USD\$ 1'457,520.59 por concepto de indemnización por abuso de derecho.

- h) En caso de desestimarse el punto precedente, determinar si corresponde o no ordenar el pago de USD\$ 1'457,520.59 por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa.
- i) Determinar a quién o a quiénes y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales.

Pues bien, habiendo ambas partes presentado sus alegatos finales con fecha 15 de septiembre de 2011 por parte **PROVÍAS NACIONAL** y el 19 de septiembre de 2011 por parte de **EL CONSORCIO**) y habiéndose realizado la audiencia de informe oral, la causa quedó a la espera de resolución. Es así que con fecha 16 de diciembre de 2011 el Tribunal Arbitral emitió el Laudo de Derecho en mayoría, resolviendo lo siguiente:

4.6.1. CUESTIONES PREVIAS

Como mencionamos anteriormente, **PROVÍAS NACIONAL** interpuso dos excepciones de incompetencia frente al Tribunal Arbitral referidas a la pretensión de enriquecimiento sin causa y la revisión de las decisiones de la Contraloría General de la República.

4.6.1.1. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Respecto a la primera cuestión previa referida a la excepción de incompetencia por la pretensión de enriquecimiento sin causa deducida por **PROVÍAS NACIONAL**, el Tribunal Arbitral señaló que el acuerdo para someter materias a arbitraje previsto en el numeral 16.1 de las Condiciones Especiales del Contrato no se encuentra limitada por la naturaleza de los reclamos, sino que se rige por un criterio de temporalidad. En otras palabras, no importa determinar si la controversia es extracontractual o contractual como lo planteaba la Entidad, sino que el aspecto relevante era establecer si la controversia se había originado luego de celebrado el contrato de ejecución de obra.

En ese orden de ideas, para el Tribunal Arbitral, las partes acordaron someter a arbitraje a cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, sin hacer ninguna distinción en cuanto a las materias arbitrales. Es decir, se opta por un criterio de temporalidad.

A ello, el Tribunal agrega el hecho de que el enriquecimiento sin causa se origina en las actividades de mantenimiento de tránsito llevadas a cabo por **EL CONSORCIO** como parte de la ejecución contractual y con el objeto de no incumplir sus obligaciones. Por su parte, el enriquecimiento sin causa también se origina por la ejecución de mayores metrados que resultaron necesarios para la culminación de la obra. Por tales razones, el Tribunal Arbitral concluyó que la pretensión planteada por **EL CONSORCIO** guardaba estrecha relación con la ejecución del contrato de obra.

De ese modo el Tribunal señaló que las pretensiones de enriquecimiento sin causa son arbitrables. Asimismo, reconociendo la naturaleza subsidiaria y residual del enriquecimiento sin causa, indicó que sólo emitirá pronunciamiento en caso se desestimen las pretensiones principales. Por ello, declaró INFUNDADA la excepción en cuestión.

4.6.1.2. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR REVISIÓN DE UNA DECISIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En relación a la excepción de incompetencia deducida por **PROVÍAS NACIONAL** por la supuesta revisión de una decisión de la Contraloría General de la República, el Tribunal Arbitral señaló y reconoció que no existía discusión entre las partes respecto a la naturaleza no arbitrable de las decisiones de la Contraloría con relación a los presupuestos adicionales de obra.

Siendo así, el Tribunal aclaró que **EL CONSORCIO** reclamaba un resarcimiento de daños derivados del actuar de **PROVÍAS NACIONAL** durante la ejecución del Contrato, sea que se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales a cargo de la Entidad, el abuso de derecho o un enriquecimiento sin causa. A entender del Tribunal los reclamos planteados por el Contratista estaban circunscritos a la esfera contractual y no estaban referidos a cuestionar las facultades de la Contraloría.

En ese sentido, el Tribunal sostuvo que las normas aplicables no excluían del ámbito del arbitraje las pretensiones indemnizatorias, ni tampoco le asignaban a la Contraloría atribuciones públicas para autorizar de manera previa, el pago de indemnizaciones. Por dichas razones, se concluyó que la naturaleza indemnizatoria de las pretensiones de **EL CONSORCIO** no guardaba relación con la atribución pública de la Contraloría a que refiere el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema de Control y Contraloría General de la República.

4.6.2. ANÁLISIS DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Habiéndose desestimado las excepciones deducidas por **PROVÍAS NACIONAL**, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer la controversia planteada por **EL CONSORCIO**, resolviendo lo siguiente:

4.6.2.1. INDEMNIZACIÓN POR LOS MAYORES COSTOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE LA PARTIDA DE MANTENIMIENTO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL

En cuanto a la indemnización por los mayores costos en la ejecución de la Partida 103 - “Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial”, el Tribunal señaló que **PROVÍAS NACIONAL** había reconocido que **EL CONSORCIO** asumió mayores costos por la ejecución de la referida actividad, pero que sin embargo se oponía al pago por la falta de trámite de dicho monto vía el procedimiento de aprobación de adicionales.

Asimismo, para el Tribunal en mayoría no existía controversia respecto a que el estado de la vía al momento de ser entregada a **EL CONSORCIO** era materialmente distinto al previsto en el Expediente Técnico y demás documentos contractuales. En adición, el Tribunal anotó que debido a las ampliaciones de plazo otorgadas por la Entidad el plazo inicial previsto en **EL CONTRATO PRINCIPAL** se extendió en 268 días calendario, lo que supuso un mayor gasto en las actividades relacionadas a dicha partida.

En otro momento, el Tribunal Arbitral declaró que no existía cosa juzgada respecto a la pretensión referida a las mayores actividades por mantenimiento de tránsito y seguridad vial, ya que el Laudo de fecha 30 de octubre de 2009 emitido en el Proceso Arbitral N° 02 únicamente declaró IMPROCEDENTE dicha pretensión. Siendo ello así, dicho laudo no contenía un pronunciamiento definitivo sobre el fondo con relación al reclamo de **EL CONSORCIO** sobre este extremo, anotando inclusive que el pronunciamiento emitido Proceso Arbitral N° 02 dejó a salvo el derecho del Contratista.

En relación a la naturaleza de las actividades de mantenimiento de tránsito y seguridad vial, el Tribunal concluyó que se trataban de trabajos y prestaciones que se encontraban previstos en el Expediente Técnico y, por ende, no constituían obras adicionales, de conformidad con la definición que propone el numeral 14.1 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC). Por ello, se consideró que los mayores gastos por dicha partida no podían tramitarse bajo el mecanismo previsto para los adicionales de obra.

Además, el Tribunal indicó que las actividades referidas tenían carácter permanente por lo que no podían ser suspendidas ni paralizadas a la espera de una aprobación previa para su ejecución, lo que sí aplicaría para el caso de los Presupuestos Adicionales de Obra. Es decir, el procedimiento de aprobación de adicionales resultaría contrario a la naturaleza de la partida en cuestión. A partir de ello, se desestimó que la pretensión implique un reclamo extemporáneo, puesto que el procedimiento de aprobación de adicionales de obra no resultaba aplicable a estos trabajos.

Por otro lado, el Tribunal en mayoría determinó que existía una íntima relación entre el deber de ejecutar el contrato de buena fe, el deber de información y la obligación de **PROVÍAS NACIONAL** de entregar un Expediente Técnico adecuado. Bajo dicho razonamiento, el Tribunal señaló que ninguno de los postores estuvo en condiciones de prever, antes de la ejecución de la Obra, que el Gobierno Regional de Ucayali retiraría la carpeta asfáltica de una parte importante del tramo de la vía.

Así las cosas, cuando durante la ejecución de la Obra se detectó el cambio significativo de las condiciones previstas en los documentos contractuales se produjo un incumplimiento imputable a la Entidad respecto a su deber de informar el cambio de dichas condiciones, así como su obligación de entregar un Expediente Técnico idóneo.

A entender del Tribunal en mayoría era obligación de **PROVÍAS NACIONAL** proporcionar un Expediente Técnico suficiente y acorde a las condiciones que presentaba la vía. Dicho esto, para el Tribunal en mayoría la deficiencia del Expediente Técnico se reflejó básicamente en dos (02) aspectos: (i) la necesidad de aprobar seis (06) presupuestos adicionales y (ii) la diferencia entre las características del terreno detectadas al momento de la entrega del mismo respecto a lo previsto en el Expediente Técnico.

De ese modo, la idoneidad del Expediente Técnico corresponde exclusivamente a la Entidad, siendo que ésta debería responder por los daños que generen las demoras en la ejecución de la obra que tengan como causa las deficiencias del Expediente Técnico.

Bajo el razonamiento de los árbitros en mayoría, todo ello originó mayores costos en perjuicio de **EL CONSORCIO**, sobre todo si se tiene en consideración que, en una obra pública, el contratista se obliga a ejecutar no sólo todo lo que conste expresamente en el contrato, sino todo aquello que sea imprescindible para alcanzar la finalidad pretendida.

De esa manera, **EL CONSORCIO** habría tenido que ejecutar un mayor alcance al inicialmente previsto en el Expediente Técnico debido a los cambios de condiciones durante la ejecución de obra, principalmente por el retiro de la carpeta asfáltica por parte del Gobierno Regional de Ucayali sin que ello fuera comunicado oportunamente. En suma, la mayor onerosidad de la prestación se derivó del incumplimiento de **PROVIAS NACIONAL** respecto a su deber de información frente al Contratista y al no haber entregado un Expediente Técnico adecuado.

Por tales consideraciones, el Tribunal declaró FUNDADA esta pretensión y ordenó el pago de USD\$ 2'217,148.64 (Dos Millones Doscientos Diecisiete Mil Ciento Cuarenta y Ocho con 64/100 Dólares Americanos) reclamado por **EL CONSORCIO**, basado en el cálculo presentado en el informe pericial.

Como mencionamos anteriormente, el cálculo presentado por el peritaje arrojó un monto mayor al reclamado por el Contratista. Sin embargo, el Tribunal precisó que no era posible ordenar un monto mayor puesto que se constituiría como una resolución *ultra petita*.

Cabe señalar que el monto reconocido por el Tribunal incluyó gastos generales, utilidades, el factor de reajuste e IGV. Además, se reconoció el pago de intereses desde el 26 de abril de 2010, fecha de interposición de la demanda hasta la fecha efectiva de pago.

4.6.2.2. INDEMNIZACIÓN POR LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS

Respecto a la indemnización por los mayores metrados ejecutados, el Tribunal señaló que no existe controversia respecto a que **EL CONSORCIO**, en efecto, ejecutó mayores metrados que fueron denegados por la Contraloría y que también ejecutó mayores metrados identificados con el cálculo de metrados finales, tal y como lo reconoció la Supervisión en el Informe Especial N° 280554-INFE-07-037 de fecha 23 de abril de 2007. Asimismo, el Tribunal anotó que la propia Entidad había reconocido que **EL CONSORCIO** ha incurrido en mayores gastos.

Al igual que en la pretensión anterior, el Tribunal concluyó que no se había configurado cosa juzgada sobre esta pretensión dado que el laudo de fecha 30 de octubre de 2009 derivado del Proceso Arbitral N° 02 no se pronunció sobre el fondo del reclamo, dejando a salvo el derecho del Contratista.

Ahora bien, el Tribunal también reiteró que la Entidad tenía la obligación de entregar un Expediente Técnico idóneo a **EL CONSORCIO**, precisando que dicha obligación no se agotaría al momento de la celebración del contrato, sino que se extiende a lo largo de la ejecución del contrato pues todo presupuesto adicional se sustenta en un expediente técnico.

De esa manera, concluyó que **PROVÍAS NACIONAL** tenía la obligación de sustentar adecuadamente los adicionales frente a la Contraloría General de la República a fin de lograr la aprobación correspondiente. Sobre este extremo, el Tribunal precisó que la Entidad no había negado el hecho de que el rechazo del Presupuesto Adicional N° 06 se debió a la deficiente sustentación y a la falta de documentación e información que alegó **EL CONSORCIO**.

Así pues, los mayores metrados en exceso identificados en el conteo de los metrados finales respecto de aquellos aprobados por la Contraloría General obedecieron a las deficiencias durante la tramitación del Presupuesto Adicional N° 06 a cargo de **PROVÍAS NACIONAL** que culminaron con la aprobación de un monto insuficiente para cubrir las necesidades reales de la obra y que, de otra manera, impedirían alcanzar el objeto de **EL CONTRATO PRINCIPAL**.

Cabe señalar que dichos metrados no podrían haber sido dejado de ser ejecutados pues ello habría implicado no cumplir con la garantía de calidad de la obra ofertada por **EL CONSORCIO**. Por ello, el Tribunal concluyó que la Entidad incurrió en incumplimiento por la deficiente tramitación de los adicionales, contraviniendo el deber de proporcionar un Expediente Técnico adecuado para la completa ejecución de la obra.

Asimismo, para el Tribunal no se podría dejar de lado el hecho de que la ejecución de los mayores metrados estuvo bajo la supervisión del Supervisor de Obra y fueron aceptados en la recepción de obra por parte de **PROVÍAS NACIONAL**.

Es así que el Tribunal declaró FUNDADA PARCIALMENTE esta pretensión y dispuso el pago de USD\$ **1'149,489.45** (Un Millón Ciento Cuarenta y Nueve Mil Cuatrocientos Ochenta y Nueve con 45/100 Dólares Americanos), en base al cálculo efectuado por la pericia técnica. Dicho monto incluye gastos generales, utilidad, e IGV. Del mismo modo, se reconoce el pago de intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, 26 de abril de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

4.6.2.3. LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS

Al respecto debemos tener presente que ambas pretensiones principales planteadas por **EL CONSORCIO** fueron acompañadas por pretensiones subordinadas relacionadas al abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa que se pretendía imputar a la Entidad. Pese a ello, al haberse amparado las pretensiones principales, el Tribunal Arbitral en mayoría concluyó que carecía de objeto emitir pronunciamiento sobre tales extremos de la demanda.

4.6.2.4. PAGO DE COSTAS Y COSTAS DEL PROCESO

El Tribunal Arbitral en mayoría dispuso que los costos sean asumidos de manera individual por cada parte, mientras que los honorarios y gastos arbitrales serían asumidos de manera equitativa.

4.7. VOTO EN DISCORDIA

Tal y como mencionamos el Laudo Arbitral descrito en el numeral 3.6 precedente fue emitido en mayoría. Por dicha razón, el árbitro Weyden García Rojas emitió un voto en discordia, en virtud del cual desestimó todas las pretensiones planteadas por **EL CONSORCIO** declarándolas INFUNDADAS. A continuación, revisaremos brevemente los argumentos expuestos por el árbitro.

4.7.1. INDEMNIZACIÓN POR LOS MAYORES COSTOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DE LA PARTIDA DE MANTENIMIENTO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS

A fin de analizar la primera pretensión de **EL CONSORCIO**, García Rojas se pronunció sobre la institución de la cosa juzgada, alegada por **PROVIAS NACIONAL**. Al respecto, el árbitro indicó que la calidad de cosa juzgada recae no solo sobre el fallo sino también sobre los fundamentos. Siendo ello así, este árbitro destacó que el Laudo expedido en el Proceso Arbitral N° 02 determinó que existía una vía alternativa a la pretensión de enriquecimiento sin causa planteada por el Contratista: la aplicación del procedimiento de aprobación de adicionales establecido en el numeral 14 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC).

A entender de García Rojas, el Laudo del Proceso Arbitral N° 02 estableció que los trabajos realizados por **EL CONSORCIO** debían tramitarse vía el procedimiento de aprobación de adicionales. Siendo ello así, la pretensión planteada respecto a los mayores costos en el Proceso Arbitral N° 03 suponía la revisión de una cuestión ya analizada en el Proceso Arbitral N° 02, lo que contravenía la calidad de cosa juzgada del Laudo emitido en este último.

Sin perjuicio de ello, el árbitro también concluyó que el Contratista no había acreditado el daño que alegaba haber sufrido por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de **PROVIAS NACIONAL**.

Por el contrario, para García Rojas los posibles errores contenidos en el Expediente Técnico obedecían al margen de error que presentan estos documentos en la práctica y, por ende, tal situación no podía ser alegada como un incumplimiento contractual pues ello llevaría a que cualquier deficiencia presentada en el Expediente Técnico sea reclamada como una pretensión indemnizatoria.

No solo ello, sino que, para el árbitro, los cambios en el tramo entregado a **EL CONSORCIO** debían ser canalizado a través del procedimiento de aprobación de adicionales previsto en el numeral 14 de las Condiciones Especial del Contrato (CEC). Precisamente, bajo ese razonamiento, el daño no se encontraba acreditado adecuadamente ya que la suma dineraria reclamada no fue solicitada bajo el procedimiento de aprobación de adicionales previsto en **EL CONTRATO PRINCIPAL**.

Por dichas razones, García Rojas concluyó que tampoco se ha producido un abuso de derecho por parte de la Entidad ya que la pretensión formulada no había sido tramitada como un adicional de obra. A ello agregó que era incorrecto señalar que la propia Entidad debía encargarse del

procedimiento para el reconocimiento del adicional de obra, indicando que es obligación de un contratista comunicar las posibles contingencias durante la ejecución de obra a fin de corregir los cambios que pudieran haberse producido.

Finalmente, el árbitro sostuvo que, dada la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento sin causa, esta pretensión debía ser desestimada ya que existió una vía alternativa para el reconocimiento de los mayores costos incurridos, esto es, el trámite de aprobación de adicionales.

4.7.2. INDEMNIZACIÓN POR LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS

Bajo el razonamiento expuesto en el voto en discordia, la controversia sobre este extremo refería a determinar si la pretensión planteada por el Contratista estaba dirigida a que se pague el importe de USD\$ 1'457,520.56 (Un Millón Cuatrocientos Cincuenta y Siete Mil Quinientos Veinte con 56/100 Dólares Americanos), más los intereses respectivos y si ello implicaba contravenir la Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006 que aprobó el Presupuesto Adicional N° 06 por USD\$ 9'726,398.46 (Nueve Millones Setecientos Veintiséis Mil Trescientos Noventa y Ocho con 46/100 Dólares Americanos).

Para García Rojas la segunda pretensión principal de **EL CONSORCIO** acarrea pronunciar sobre una materia no arbitrable por cuanto la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra es una facultad de *ius imperium* del Estado.

En ese orden de ideas, señaló que mediante dicha pretensión indemnizatoria se pretendía obtener un reintegro del importe dinerario no reconocido por la Contraloría General de la República, evitando los efectos de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República. Por tales consideraciones, García Rojas declaró INFUNDADA la segunda pretensión principal y sus pretensiones subordinadas.

4.7.3. PAGO DE COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

Dado que las pretensiones de **EL CONSORCIO** fueron desestimadas, el árbitro Weyden García Rojas señaló que correspondía que el Contratista asuma el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

4.8. RECURSO DE INTERPRETACIÓN

Con fecha 11 de enero de 2012, la Entidad interpuso recurso de interpretación contra el laudo de fecha 16 de diciembre de 2011. En virtud de dicho recurso, **PROVÍAS NACIONAL** requirió al Tribunal precisar la línea de razonamiento lógico jurídico para pronunciarse a favor de **EL CONSORCIO** respecto al adicional de obra, la institución de la cosa juzgada y las excepciones de incompetencia deducidas.

Por su parte, mediante escrito N° 12 de fecha 26 de enero de 2012, **EL CONSORCIO** respondió el recurso planteado por la Entidad señalando que el Tribunal Arbitral había cumplido con desarrollar ampliamente los fundamentos que sustentaron su decisión. Asimismo, expresó que, pese a que no se interpuso la excepción de cosa juzgada, el Tribunal sí explicó los fundamentos por los cuales consideró que no se presentaba dicha institución en el caso en concreto.

Finalmente, mediante Resolución N° 26 de fecha 24 de febrero de 2012, el Tribunal consideró que los argumentos expresados por la Entidad buscaban modificar el análisis efectuado por el Tribunal en el laudo, es decir, se estaba cuestionando en realidad la parte resolutive del laudo. Siendo ello así, se declaró IMPROCEDENTE el recurso de **PROVIAS NACIONAL**.

4.9. RECURSO DE ANULACIÓN

Con fecha 20 de marzo de 2012, **PROVIAS NACIONAL** interpuso recurso de anulación de laudo contra el Laudo de fecha 16 de diciembre de 2011 derivado del Proceso Arbitral N° 03, solicitando la nulidad total de dicho laudo.

En este recurso, la Entidad insistió en el hecho de que se había vulnerado el principio de la cosa juzgada. Sobre este extremo precisó que los límites de la cosa juzgada se refieren no solo a la pretensión sino también a sus elementos identificadores, es decir, tanto sobre la pretensión como los fundamentos. Siendo ello así, la Entidad sostuvo que el laudo cuestionado contravino la cosa juzgada pues se apartó de lo dispuesto en el laudo de fecha 30 de octubre de 2009 emitido en el Proceso Arbitral N° 02.

Además, señaló que, mediante la pretensión cuestionada, **EL CONSORCIO** perseguía la misma finalidad que la pretensión resuelta en el proceso arbitral anterior, pues de su contenido se apreciaba que se trataba de una pretensión idéntica a la ya resuelta, independientemente del nombre que se la haya dado a la pretensión.

Finalmente, **PROVIAS NACIONAL** reiteró que, mediante el laudo de fecha 16 de diciembre de 2011 del Proceso Arbitral N° 03 se vulneró el carácter inarbitrable de los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República, toda vez que el pago ordenado por el Tribunal contravenía la Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006 que aprobó el **Presupuesto Adicional N° 06 por el monto de USD\$ 9'726,398.46 (Nueve Millones Setecientos Veintiséis Mil Trescientos Noventa y Ocho con 46/100 Dólares Americanos)**.

Asimismo, la Entidad solicitó la suspensión de los efectos del Laudo Arbitral de fecha 16 de diciembre de 2011.

Mediante Resolución N° 02 de fecha 09 de abril de 2012, la Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial admitió a trámite la demanda y ordenó que **PROVIAS NACIONAL** cumpla con presentar la garantía bancaria correspondiente por la solicitud de suspensión de efectos del laudo impugnado.

Finalmente, mediante Resolución N° 10 de fecha 13 de septiembre de 2012 se declaró INFUNDADA la demanda de la Entidad, confirmando la validez del laudo emitido durante el Proceso Arbitral N° 03.

V. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

A continuación, presentaremos y analizaremos las principales interrogantes y problemas jurídicos que surgen de la revisión del expediente bajo análisis a fin de brindar nuestra posición sobre el particular.

Así pues, corresponde revisar si de acuerdo a los documentos contractuales y la legislación aplicable y vigente durante el plazo de ejecución del **CONTRATO PRINCIPAL**:

- ¿Eran arbitrables las pretensiones sobre indemnización por enriquecimiento sin causa planteadas por **EL CONSORCIO**? ¿El laudo arbitral derivado del Proceso Arbitral N° 03 supuso una revisión de la decisión de la Contraloría General de la República respecto al Presupuesto Adicional N° 06?
- ¿El pronunciamiento sobre las pretensiones relacionadas al enriquecimiento sin causa planteadas por **EL CONSORCIO** en el Proceso Arbitral N° 02 produjo cosa juzgada?
- ¿Existía diferencia alguna entre los denominados “mayores metrados” y las “obras adicionales”? ¿Cuál era la naturaleza de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial?
- ¿Resultaba viable tramitar adicionales bajo el procedimiento establecido en la Cláusula 14 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC)? ¿Qué parte se encontraba encargada de dar trámite a los presupuestos adicionales?
- ¿Es posible determinar la responsabilidad de **PROVÍAS NACIONAL** por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo?
- ¿Estuvo fundamentada la desestimación del Recurso de Anulación planteado por la Entidad contra el laudo derivado del Proceso Arbitral N° 03?

Analizaremos, ahora, los problemas jurídicos que dichas interrogantes nos plantean.

5.1. LAS MATERIAS ARBITRABLES: EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA PRERROGATIVA DE LA CONTRALORÍA SOBRE LA APROBACIÓN DE PRESUPUESTOS ADICIONALES MAYORES AL 15% DEL MONTO DEL CONTRATO

Uno de los primeros problemas jurídicos que surgen de la discusión entre el Contratista y la Entidad está referido a la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. Del mismo modo, otra materia controvertida es la relacionada a la prerrogativa de la Contraloría General de la República sobre la aprobación de presupuestos adicionales mayores al 15% del monto del contrato.

A tales efectos, revisaremos las normas aplicables y documentos contractuales a fin de determinar si éstos excluían dichas materias y, partir de ello, comprobar si el Tribunal Arbitral era competente para conocer estas pretensiones.

5.1.1. NATURALEZA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento sin causa es un remedio que se encuentra regulado en la sección cuarta del Libro VII del Código Civil denominado Fuentes de las Obligaciones. Así pues, el artículo 1954° establece que, ante el enriquecimiento indebido de un sujeto a expensas de otro, aquel se encuentra obligado a indemnizar a la parte empobrecida.

Hinestrosa explica esta figura señalando que “quien se ha enriquecido a costa de otro por una situación desprovista de causa queda obligado a reparar a la persona afectada, por cuanto se ha beneficiado” (2015:67). De ahí que se sostenga que para que se configure este supuesto, debe haberse producido el enriquecimiento de un patrimonio y un correlativo empobrecimiento de otro, siendo que dicha ocurrencia carece de causa jurídica alguna.

Dicho enriquecimiento implica obtener alguna ventaja de índole patrimonial respecto a la parte **afectada, ya sea, como explican Castillo Freyre y Molina Agui, por el “ingreso de una cosa corporal o de un derecho a la esfera patrimonial del enriquecido” como por “evita[r] la disminución de un patrimonio” (2009:17-18)**

Otro aspecto característico de esta figura jurídica es su carácter subsidiario. Así el artículo 1955° del Código Civil establece, como requisito para su procedencia, que el sujeto afectado no pueda ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

En ese orden de ideas, se sostiene que “la acción de *in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos” (Castillo Freyre y Sabroso Minaya 2016:23). De ese modo, el enriquecimiento sin causa se presenta como un remedio de carácter residual que sólo opera ante la carencia de otros remedios establecidos en la ley.

Por último, consideramos importante hacer referencia a la naturaleza contractual o extracontractual de este dispositivo. Son diversas las teorías que sobre este aspecto se han desarrollado, no obstante, a efectos del presente informe nos referimos a dos:

- (i) *Aquellas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones propia e independiente; y,*
- (ii) *Aquellas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general (Campos 2006:311).*

Respecto a la primera corriente, Von Thur, citado por Castillo Freyre y Sabroso Minaya, explica que **“el enriquecimiento sin causa es otra fuente de las obligaciones como lo son el contrato y los delitos” (2016:20). Expresión de ello parecería ser la regulación independiente de esta figura en el libro de Fuentes de las Obligaciones lo que podría llevar a sostener que el enriquecimiento sin causa constituye una fuente independiente de obligaciones. Sin embargo, creemos que dicho razonamiento es insuficiente.**

En nuestra opinión el tratamiento independiente que nuestra legislación le brinda a esta institución jurídica obedece estrictamente a una técnica legislativa. En tal sentido coincidimos con Campos **en que se trata de “una opción de simple orden en la codificación que en nada aporta al análisis de la materia” (2006:313).**

Sin llegar a adherirnos por completo a la segunda corriente antes referida, consideramos que el enriquecimiento sin causa encuentra sustento en el principio general de equidad según el cual se debe buscar mantener el equilibrio de las prestaciones comprometidas en el contrato. A ello se debe agregar que el mismo se encuentra íntimamente relacionado al principio de buena fe según el cual las partes deben conducirse bajo un criterio de mutua cooperación.

Así, cuando el artículo 1954° del Código Civil prescribe que el que se enriquece a expensas de otro está obligado a indemnizarlo no hace más que reconocer que ante la ruptura del equilibrio de las prestaciones debido a la falta de cooperación de alguna de las partes, la parte afectada tiene derecho a una indemnización, independientemente de la fuente contractual o extracontractual de la que se derive el desequilibrio.

De ese modo, es incorrecto limitar el ámbito de aplicación del enriquecimiento sin causa por su naturaleza contractual o extracontractual, razón por la cual sostenemos la naturaleza dual del **enriquecimiento sin causa en tanto, como afirman Castillo Freyre y Sabroso Minaya, “dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato” (2016:26).** Así pues, contrario a lo sostenido por algún sector de la doctrina, es posible encontrar, en la práctica, múltiples casos en los que esta figura jurídica se produce en el marco de un contrato.

5.1.2. LAS MATERIAS ARBITRABLES Y SU TRATAMIENTO LEGISLATIVO

Sobre el particular, dos corrientes han intentado determinar las materias arbitrables: (i) la libre disposición y (ii) la patrimonialidad.

Respecto a la primera teoría, se señala que son arbitrables todas aquellas materias que son de libre disponibilidad **de las partes. Campos Medina precisa que, bajo este criterio, “serán arbitrables aquellas controversias que se funden en el ejercicio de un derecho subjetivo” (2006:319).**

Por otra parte, respecto a la segunda se sostiene que **“la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas” (Perales 2005:266).** De esta manera, consideramos que las materias patrimoniales son aquellas susceptibles de ventilarse en un arbitraje.

Ahora bien, Castillo Freyre y otros explican que existen otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo, los cuales están relacionados propiamente a razones de técnica legislativa (2008:5).

Bajo el primero de ellos no se establece especificación alguna sobre los derechos de libre disposición. **“Es este [...] un criterio amplio e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni numera cuáles son los derechos de libre disposición”** (Castillo Freyre y otros 2008:5). Es decir, se caracteriza por su amplitud y falta de precisión.

A diferencia del primero, el segundo criterio establece prohibiciones que impiden a las partes someter las controversias que giran alrededor de dichos derechos en la vía arbitral.

Revisemos, ahora, qué materias resultaban arbitrales de acuerdo a la legislación aplicable. Pues bien, el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, **“Ley de Arbitraje”**) estipulaba lo siguiente:

Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. [...]

Como se puede observar, la norma asumía un criterio amplio en concordancia con la corriente de la libre disposición o el **criterio positivo**. Así pues, se afirma que **la Ley de Arbitraje “en principio, no reconoce ninguna materia que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente)”** (Mario Castillo y otros 2014:62). Es decir, se favorece la arbitabilidad, salvo que exista prohibición expresa.

Por su parte, el artículo 187° del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, **“RLCAE”**) establecía que:

La promesa del contrato y el contrato tendrán por escrito una cláusula de solución de controversias, en virtud de la cual toda controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho [...]

Una vez más, en el dispositivo revisado, el legislador adoptó un criterio amplio indicando que todas aquellas controversias entre el contratista y la Entidad surgidas desde la suscripción del contrato se debían solucionar mediante arbitraje.

Ahora bien, el artículo 23° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República (en adelante, la **“Ley Orgánica de la Contraloría”**) señalaba lo siguiente:

Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1° de la Ley N° 26572, Ley General del Arbitraje.

El artículo precitado impone una restricción expresa precisando que las decisiones emitidas por la Contraloría respecto a los presupuestos adicionales de obra no podían ser sometidas al procedimiento arbitral de solución de conflictos.

Por ello, a nuestro juicio, la legislación aplicable adoptó un criterio amplio respecto a las materias susceptibles de arbitraje. De lo que se desprende que, si las materias controvertidas no han sido expresamente excluidas por las partes en el convenio arbitral, la ley o los tratados, estas serán pasibles de ser sometidas a arbitraje.

5.1.3. NUESTRA POSICIÓN

Lo primero que debemos mencionar es que la postura de la Entidad se sustenta bajo la teoría que considera que el enriquecimiento sin causa tiene naturaleza extracontractual. Tal y como hemos señalado en los párrafos precedentes, dicha afirmación nos parece incorrecta.

Por el contrario, por las razones ya expuestas, sostenemos que el enriquecimiento sin causa tiene una naturaleza dual, es decir, puede tener fuente contractual como extracontractual. Sin perjuicio de ello, qué duda cabe que, en el presente caso, el reclamo por enriquecimiento sin causa planteado como pretensión subordinada por **EL CONSORCIO** tenía su origen y causa en el contrato de obra pública suscrito con **PROVIÁS NACIONAL**.

Así, la pretensión de enriquecimiento sin causa surge en el marco de las relaciones contractuales entre la Entidad y el Contratista debido causas de diversa índole, por lo que la postura de **PROVIÁS NACIONAL** nos resulta insostenible.

Dicho esto, como explica Campos Medina en opinión que compartimos, el enriquecimiento sin causa es “per se arbitrable al ser obviamente de libre disposición, tanto por tener contenido patrimonial como por tratarse de un derecho subjetivo” (2006:321). Por tanto, no existía razón para excluir el enriquecimiento sin causa, salvo que este haya estado sujeto a alguna restricción legal o contractual.

Tal y como vimos, la legislación aplicable no establecía ninguna restricción expresa para someter a arbitraje el enriquecimiento sin causa. Así las cosas, correspondería revisar si el convenio arbitral excluía dicha materia. Hacemos notar que, de acuerdo a la cláusula Vigésima del **CONTRATO PRINCIPAL**:

VIGÉSIMA: ORDEN DE PRELACIÓN

[...]

20.2 Las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, y su Reglamento aprobado por Ds. Ss. Nos. 012 y 013-2001-PCM, respectivamente, y sus modificatorias, se considerarán supletorias en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por las Bases de Licitación.

Resulta claro que el contrato y sus condiciones especiales tendrán prevalencia inclusive por sobre las normas citadas, pues estas resultan aplicables únicamente de modo supletorio. Al ser el contrato la *lex inter partes*, mientras el enriquecimiento sin causa no haya sido excluido expresamente del convenio arbitral, podemos afirmar que éste era perfectamente arbitrable, teniendo en cuenta que legislativamente tampoco existía restricción al respecto.

De esa manera, la arbitrabilidad de esta institución debe buscarse en el convenio arbitral previsto en el **CONTRATO PRINCIPAL** a fin de revisar si este se encontraba excluido. No debe perderse de vista que este convenio venía predeterminado por ley, ya que artículo 187° del RLCAE establecía el modelo de cláusula arbitral. Pues bien, el convenio arbitral establecía lo siguiente:

DÉCIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

16.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley. [...]

Tal y como se observa el referido convenio arbitral suscrito entre **PROVÍAS NACIONAL** y **EL CONSORCIO** no excluía expresamente las materias referidas al enriquecimiento sin causa. Contrario a ello, asumiendo un criterio amplio, en concordancia con el artículo 187° del RLCAE y el artículo 1° de la Ley N° 26572, incluyó todas las materias controvertidas que pudiesen haber surgido entre las partes desde la celebración del contrato.

De ahí que, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, coincidimos con el Tribunal Arbitral en mayoría cuando se señala que el convenio arbitral del **CONTRATO PRINCIPAL** adoptó un criterio de temporalidad. En ese sentido, independientemente de la naturaleza de las controversias, todas ellas podían ser sometidas a arbitraje en tanto hayan surgido de manera posterior a la celebración del contrato, siempre que no hayan estado sujetas a algunas de las restricciones establecidas en la ley.

Por ese motivo es que no compartimos la posición esgrimida en el Voto en Discordia que, acogiendo la tesis de **PROVÍAS NACIONAL**, concluyó que debido a la naturaleza extracontractual del enriquecimiento sin causa este no se encontraba dentro del convenio arbitral y, por ende, resultaba inarbitrable. En cambio, sostenemos que dicha tesis no es recogida legislativamente por cuanto la norma y el convenio arbitral adoptaron un criterio de temporalidad ya explicado.

Como explica Campos Medina, “aunque el enriquecimiento sin causa sea erróneamente considerado no contractual, esto no cambia en nada la conclusión a la que hemos arribado, en la medida que sin duda las controversias bajo análisis han surgido desde la suscripción del contrato o durante la etapa de ejecución del contrato” (2006:327). No se trata pues de la naturaleza contractual o extracontractual del enriquecimiento sin causa, sino del momento en el cual surgió la controversia.

Ahora bien, como señalamos anteriormente el artículo 1955° establecía como requisito de procedencia el carácter subsidiario del enriquecimiento sin causa. Precisamente por ello es que la Entidad aseguró que las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa planteadas por el Contratista debían ser declaradas improcedentes toda vez que contravenían lo dispuesto en el referido artículo.

Sin embargo, consideramos, como acertadamente expuso el Tribunal Arbitral en mayoría, que tales pretensiones no afectaban la naturaleza subsidiaria de esta figura jurídica. Así pues, si revisamos las pretensiones planteadas por **EL CONSORCIO** tenemos las siguientes:

Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVÍAS la suma de US\$ 2'217,148.64 más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVÍAS la suma de US\$ 1'457,520.59 por concepto de enriquecimiento sin causa.

Nótese que las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa fueron planteadas como segundas pretensiones subordinadas. Sobre el particular, el artículo 87° del Código Procesal Civil establece que:

Artículo 87.-

*La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea **desestimada**; [...]*

Es decir, las pretensiones subordinadas únicamente son objeto de pronunciamiento en caso la **pretensión principal del demandante no sea amparada**. “En este sentido, el órgano jurisdiccional que conozca de las pretensiones deberá pronunciarse en el orden fijado por el demandante, primero por la pretensión principal y únicamente en el supuesto en que ésta no prosperara, deberá pronunciarse respecto a la pretensión subordinada” (Apolín 2005:34).

De esa manera, como acertadamente indicó el Tribunal Arbitral en mayoría, no correspondía declarar la improcedencia de dichas pretensiones toda vez que aquellas sólo serían objeto de pronunciamiento en caso se desestime la pretensión principal. No debe perderse de vista que **EL CONSORCIO** planteó dos pretensiones subordinadas en el siguiente orden: (i) indemnización por abuso de derecho y (ii) indemnización por enriquecimiento sin causa.

De modo tal que, la pretensión por enriquecimiento sin causa únicamente hubiera sido objeto de pronunciamiento en tanto las pretensiones principales, así como las pretensiones subordinadas sobre abuso de derecho hubiesen sido desestimadas.

En tal sentido, contrario a lo señalado por **PROVÍAS NACIONAL**, dichas pretensiones no contravenían el carácter subsidiario consagrado en el artículo 1955° del Código Civil, razón por la cual no debía declararse su improcedencia. Por el contrario, al haberse planteado como segundas pretensiones principales resultaron, más bien, expresión clara de la subsidiariedad que caracteriza al enriquecimiento sin causa.

Por tales consideraciones consideramos que las pretensiones sobre indemnización derivadas del enriquecimiento sin causa planteada por el Contratista si resultaban arbitrables, al no existir restricción tanto legislativa como contractualmente que excluya dicha materia del arbitraje.

Sumándonos al criterio establecido por el Tribunal en mayoría, adoptando un criterio de temporalidad, resultaba posible someter todas las controversias surgidas desde la celebración del contrato a arbitraje, siempre y cuando estas no hayan sido excluidas expresamente por las partes en el convenio arbitral. En consecuencia, consideramos que la decisión de declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia planteada por **PROVÍAS NACIONAL** fue correcta.

Por otro lado, tampoco correspondía declarar la improcedencia de las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa pues estas fueron planteadas como pretensiones subordinadas, lo que suponía que únicamente serían objeto de pronunciamiento en caso las pretensiones principales de **EL CONSORCIO** fueran desestimadas.

Corresponde pronunciarnos ahora sobre el argumento de la Entidad referido a que la segunda pretensión principal planteada por el Contratista importaría la revisión de una prerrogativa derivada del *ius imperium* del Estado y, en consecuencia, no arbitrable. Bajo esa premisa, PROVÍAS NACIONAL dedujo una excepción de incompetencia.

Así las cosas, una lectura concordada del literal k) del artículo 22° y el artículo 23° de la Ley Orgánica de la Contraloría nos lleva a la conclusión de que las decisiones de la Contraloría como parte de sus atribuciones en la aprobación para la ejecución y pago de presupuestos adicionales no resulta arbitrable. De ese modo, a partir de una interpretación teleológica de las referidas normas podemos afirmar que el fin de las mismas es evitar que las decisiones de la Contraloría General de la República se sometan a revisión.

A fin de sustentar dicha exclusión se han esgrimido diversos argumentos como la tutela del presupuesto público nacional. Al respecto Castillo Freyre y Sabroso Minaya indican que “la Contraloría General de la República refiere que los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición de las partes contratantes, debido a que por ley se dispone que será - precisamente- dicho organismo de control el que aprobará, previamente, la ejecución y el pago del adicional” (2011:329-330).

No obstante, consideramos que dicha restricción se limita estrictamente a la facultad de aprobación y pago de presupuestos adicionales mayores al 15% del monto del contrato. Ello quiere

decir que, si la materia controvertida no se encuentra relacionada a la prerrogativa bajo análisis, entonces sí podrá ser sometida a arbitraje.

Precisamente, en el presente caso se plantea una pretensión indemnizatoria derivada de un incumplimiento contractual atribuido a **PROVIÁS NACIONAL**. De ahí que no compartamos la postura de la Entidad al señalar que se estarían discutiendo las atribuciones de la Contraloría en el marco de la aprobación de un presupuesto adicional, pues lo que en realidad se pretende es determinar la responsabilidad de **PROVIÁS NACIONAL** en la inejecución de sus obligaciones y si ello determina una indemnización a favor del **EL CONSORCIO**.

En ese orden de ideas, nos adherimos a la postura del Tribunal en Mayoría cuando señaló que el objeto de la pretensión era estrictamente determinar la procedencia o no de una indemnización a favor del Contratista derivada del incumplimiento contractual de la Entidad. Esa también fue la conclusión a la que arribó el Tribunal del Proceso Arbitral N° 02, tanto así que declaró IMPROCEDENTE dicha pretensión al considerar que existían vías alternas para el reclamo indemnizatorio basado en el incumplimiento contractual planteado por **EL CONSORCIO**.

Resulta claro entonces que no se discute la decisión emitida por la Contraloría General de la República sobre el Presupuesto Adicional N° 06, sino exclusivamente la responsabilidad de **PROVIÁS NACIONAL** en la tramitación de dicho presupuesto adicional. Por ello, no existe razón para argumentar que esta pretensión versa sobre materias no arbitrables, pues no se encuentra dentro de la excepción prevista en el artículo 23° de la Ley Orgánica de la Contraloría.

Por tales consideraciones, no compartimos la postura del Voto en Discordia cuando señala que la segunda pretensión principal pretendería la revisión de una decisión de la Contraloría. Máxime si se tiene en cuenta que, como bien anota el Tribunal en mayoría, dicho dispositivo no regula la autorización previa de la Contraloría General de la República para el pago de indemnizaciones. Todo lo contrario, dicha prerrogativa se limita, en estricto, a la autorización y pago de presupuestos adicionales.

5.2. LAS PRETENSIONES SOBRE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y SU CALIDAD DE COSA JUZGADA

Un segundo aspecto a analizar es el referido al cuestionamiento que la Entidad realiza sobre las pretensiones principales planteadas por el Contratista en la demanda que da inicio al Proceso Arbitral N° 03, a fin de establecer si se produjo cosa juzgada respecto a la declaratoria de improcedencia de las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa planteadas en el Proceso Arbitral N° 02. Y, en consecuencia, determinar si era posible plantear tales pretensiones en el Proceso Arbitral N° 03.

Debemos hacer notar que la Entidad no dedujo una excepción de cosa juzgada como tal al amparo del artículo 453° del Código Procesal Civil como si lo hizo, como vimos en el acápite anterior, en el caso del enriquecimiento sin causa. En este caso, se limitó a indicar que las pretensiones del

Contratista ya habían sido objeto de pronunciamiento en el Proceso Arbitral N° 02 por lo que debían ser declaradas IMPROCEDENTES.

Cabe recordar que estas pretensiones fueron planteadas en el Proceso Arbitral N° 02 previo de la siguiente manera:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca que el demandante tiene el derecho a una indemnización originada en el enriquecimiento sin causa de PROVÍAS NACIONAL a expensas del CONSORCIO, como consecuencia de los mayores gastos en que incurrió por mantenimiento de tránsito y seguridad vial.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal Arbitral declare que se ha configurado un supuesto de enriquecimiento sin causa por parte de la ENTIDAD, por la suma de US\$ 1'312,372.22 (Un Millón Trescientos Doce Mil Trescientos Setenta y Dos con 22/100 Dólares Americanos), al no haber cumplido con retribuir los mayores gastos incurridos por el CONSORCIO para la ejecución de mayores metros y obras adicionales indispensables para dar cumplimiento al objeto del CONTRATO.

Asimismo, ambas pretensiones fueron declaradas IMPROCEDENTES por el Tribunal Arbitral del Proceso Arbitral N° 02 al considerar que, dado los incumplimientos imputados a la Entidad, existían vías alternativas al enriquecimiento sin causa tales como la indemnización por daños y perjuicios así como la aplicación del procedimiento de aprobación de adicionales para interponer dicho reclamo.

Es así que **EL CONSORCIO** inició un nuevo proceso arbitral (Proceso Arbitral N° 03) bajo las siguientes pretensiones principales:

Primera Pretensión Principal: *Que, se ordene a PROVÍAS NACIONAL el pago de la suma de US\$ 2'217,148.64, más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de PROVÍAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuero de esta demanda.*

El incumplimiento de PROVÍAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial con un alcance significativamente mayor al considerado en el Precio Contractual, obligándolo a destinar mayores recursos e incurrir en sobrecostos mayores a los previstos en el propio Expediente Técnico.

Segunda Pretensión Principal: Que, se ordene a PROVÍAS el pago de la suma de US\$ 1'1457,520.59, más intereses, como indemnización por el incumplimiento de PROVÍAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

El incumplimiento de PROVÍAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar mayores metrados a los considerados en el Expediente Técnico.

5.2.1. NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

Sobre el particular, debemos señalar que la cosa juzgada es una institución que consagra que las decisiones del órgano jurisdiccional no son pasibles de revisión en tanto hayan adquirido plena **firmeza. Por ello Couture nos explica que “es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla” (1979:121).**

Abad Yupanqui sostiene que la cosa juzgada implica “[...] obtener una declaración del juez que decida definitivamente la cuestión litigiosa de tal forma que no pueda ser nuevamente discutida en el mismo proceso, ni en ningún otro futuro, y que en caso de contener una condena pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones [...]” (1985:28). De ahí que se sostenga que las decisiones que han adquirido la calidad de cosa juzgada son inimpugnables e inmutables.

La calidad de cosa juzgada también ha sido conferida a los laudos arbitrales en materia de contrataciones del Estado y así estaba previsto en el artículo 187° del la RLCAE que estipulaba lo siguiente:

Artículo 187°.- Cláusula Arbitral

[...]

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

Ahora bien, esta institución jurídica presenta una doble dimensión, a saber: la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. Así pues, Espinosa-Saldaña expresa que “[...] en términos materiales, la cosa juzgada protege el contenido de una decisión judicial, a la cual se le dota de «autoridad de cosa juzgada» para que no pueda ser modificada ni vaciada de contenido (y en este sentido está relacionada con los derechos a la tutela judicial **efectiva y al no bis in ídem**)” (2016:41).

En ese orden de ideas, el aspecto material de la cosa juzgada se relaciona con un espectro positivo que obliga a los órganos jurisdiccionales preservar lo ya decidido con una instancia previa. En **otras palabras, “la cosa juzgada vincula en el segundo proceso a que el juzgador del mismo se atenga a lo ya juzgado cuando tiene que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o perjudicial” (Montero Aroca 1996:271).**

De otro lado, “en términos formales, se trata de un mandato de irrevisabilidad de la sentencia judicial tras cumplirse con algunos presupuestos procesales [...]” (2016:40). De ahí que esta dimensión formal se vincule al aspecto negativo que alude más bien al impedimento que recae sobre los órganos jurisdiccionales para decidir dos veces sobre un mismo conflicto. Es pues, como **acertadamente indica Montero Aroca, “el tradicional principio non bis in ídem” (1996:269). Dicho** de otro modo, el efecto negativo recae sobre la prohibición de reiteración de juicios.

Desde nuestra posición, coincidiendo con Jordi Nieva, la cosa juzgada alude, en términos sencillos, a que:

Cuando un juez ha fallado sobre un asunto concreto, nadie más debe fallar después, ni siquiera él mismo, en ninguna circunstancia, salvo que se produzcan las gravísimas circunstancias que las legislaciones suelen recoger como motivos de revisión de una sentencia, o de oposición de tercero (sf:119-120)

En suma, más allá de las distinciones doctrinarias antes explicadas, la cosa juzgada puede resumirse como aquella calidad que impide un nuevo juzgamiento sobre una materia que ya fue objeto de decisión por parte de un órgano jurisdiccional.

5.2.2. REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA CALIDAD DE COSA JUZGADA

Ahora bien, el numeral 2) del artículo 453º del Código Procesal Civil establecía, en precepto que se mantiene hasta la actualidad, que se producía cosa juzgada cuando se iniciaba un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme.

Así el artículo 452º del Código Procesal Civil establecía que había identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos derivaban sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, eran los mismos.

En ese orden de ideas, en el Fundamento 3 de la Sentencia del Expediente N° 08376-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

3. A lo dicho han de añadirse dos consideraciones importantes a la hora de enjuiciar si se ha producido la excepción de cosa juzgada. En primer lugar, para que opere la cosa juzgada deben concurrir tres elementos en el proceso fenecido, cuya tramitación se pretende nuevamente: 1) los sujetos (eadem personae); 2) el objeto (eadem res); y 3) la causa (eadem causa petendi). Una segunda consideración es que la sentencia del proceso fenecido haya resuelto la pretensión (objeto) que se plantea en proceso posterior.

De ese modo, el Tribunal Constitucional consagró, por un lado, el test de la triple identidad; y, por otro, la exigencia de que se haya resuelto la pretensión planteada en el proceso fenecido, esto es, que exista una resolución sobre el fondo. Por ello consideramos que de faltar alguno de estos tres elementos no podría configurarse la cosa juzgada.

Dicho esto, sostenemos que solo las resoluciones sobre el fondo o aquellas equiparables pueden **adquirir la calidad de cosa juzgada. Ello así porque “sólo puede haber cosa juzgada si se ha juzgado” (Montero Aroca 1996:272).** En otras palabras, adquiere la calidad de cosa juzgada todo aquel aspecto que haya sido objeto de pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional.

Por su parte, Carnelutti sostiene **que la cosa juzgada “significa el fallo de mérito que se obtiene mediante el proceso de cognición, o, en otros términos, el fallo sobre las cuestiones de fondo” (1964:136).** Así, mientras no exista fallo sobre el fondo no se podrá sostener que se ha producido cosa juzgada.

Dicho lo anterior, desde nuestro punto de vista, podrá afirmarse la calidad de cosa juzgada respecto de aquellas decisiones del órgano jurisdiccional que contengan alguna decisión ya sea sobre el fondo de las materias sometidas a su conocimiento, así como las decisiones sobre la forma, en tanto hayan sido objeto de pronunciamiento. En este último caso nos referimos a las decisiones de carácter procesal, como aquellas que declaran la improcedencia de alguna pretensión, las cuales tienen carácter de cosa juzgada respecto del defecto procesal identificado. En ese orden de ideas, de superarse el defecto que derivó en dicha improcedencia, entonces la parte interesada podrá plantear dicha pretensión nuevamente.

5.2.3. NUESTRA POSICIÓN

En primer lugar, es importante tener en cuenta que las pretensiones principales sobre enriquecimiento sin causa planteadas por **EL CONSORCIO** en el Proceso Arbitral N° 02 se fundamentaron en incumplimientos contractuales imputables a **PROVIÁS NACIONAL**. Así las cosas, desde nuestra perspectiva, el pronunciamiento emitido en dicho proceso arbitral únicamente aludió a un defecto de carácter procesal, a saber, la existencia de vías alternativas para plantear el reclamo del consorcio bajo el fundamento del incumplimiento.

Así pues, en atención al carácter subsidiario del enriquecimiento sin causa establecido en el artículo 1955° del Código Civil, correspondía, como acertadamente concluyó el Tribunal Arbitral del Proceso Arbitral N° 02, declarar la IMPROCEDENCIA. No obstante, al plantear sus pretensiones, pero esta vez bajo el supuesto de indemnización por daños y perjuicios, **EL CONSORCIO** superó el defecto procesal identificado en el proceso arbitral previo, por lo que era posible volver a interponerlas.

Así también lo entiende Montero Aroca cuando explica lo siguiente:

Hoy suele sostenerse que las sentencias procesales se pronuncian solo sobre la falta de un presupuesto procesal y, por tanto, a ello deben limitar la producción de cosa juzgada, de modo que si el presupuesto procesal tampoco concurre en el segundo proceso, es decir, si el defecto no ha sido corregido, la cosa juzgada impedirá un segundo pronunciamiento en ese punto. Naturalmente, si el defecto ha sido corregido, porque podría serlo, nada impide la entrada en el fondo del asunto en el segundo proceso, pero

porque en él no podrá alegarse la cosa juzgada en cuanto no concurrirán las identidades objetivas (1996:276).

Bajo esta premisa, puede señalarse válidamente que, en nuestro caso particular, la calidad de cosa juzgada se atribuye únicamente al extremo de la decisión referido a que la pretensión sobre indemnización por enriquecimiento sin causa sobre la base de un incumplimiento contractual no podía ser planteada como pretensión principal, toda vez que existían vías alternas para interponer tal reclamo.

En suma, cuando el Contratista dejó de lado las pretensiones sobre indemnización por enriquecimiento sin causa derivado de un incumplimiento contractual y las reformuló bajo la figura de la indemnización por daños y perjuicios tal y como las planteó en el Proceso Arbitral N° 03, superó el defecto procesal que impidió el pronunciamiento sobre el fondo en el proceso fenecido.

No se produce, además, la identidad objetiva bajo el “test de identidad” desarrollado por el Tribunal Constitucional, pues si bien ambas son pretensiones indemnizatorias, el fundamento de cada una de ellas es diametralmente opuesto. Como señalamos en los párrafos precedentes, cuando **EL CONSORCIO** planteó sus pretensiones indemnizatorias en el Proceso Arbitral N° 02 lo hizo sobre la base de un supuesto enriquecimiento sin causa, el cual, como hemos revisado en el acápite precedente, tiene su fundamento en la prohibición de enriquecerse a expensas de otro.

Pese a ello, la fundamentación que utilizó el Contratista para sustentar el supuesto enriquecimiento sin causa atendía estrictamente a supuestos incumplimientos por parte de **PROVÍAS NACIONAL**. Desde nuestro punto de vista, **EL CONSORCIO** incurrió en un error dado que dicho sustento contravenía la propia naturaleza de una pretensión por enriquecimiento sin causa en la cual no debía discutirse el incumplimiento por parte de la Entidad.

Bajo ese razonamiento, estamos de acuerdo con Jorge Cely, cuando señala que “[...] el enriquecimiento sin causa es un hecho injusto, debido a la situación que lo produce, no por la actuación de alguno de los sujetos involucrados” (2017:87). Por ello, a la luz de dicha figura jurídica, la discusión debía limitarse únicamente a demostrar que el Contratista había ejecutado una prestación para cumplir con el objeto contractual que había resultado mucho más onerosa que la prevista originalmente y que, por ende, correspondía el pago en calidad de contraprestación. Ello así pues de otro modo se produciría, precisamente, un enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, **EL CONSORCIO** sustentó un incumplimiento contractual y, a lo largo del Proceso Arbitral N° 02 pretendió demostrar que dicho incumplimiento era imputable a la Entidad, pese a que ello contravenía la naturaleza de la pretensión por enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, consideramos que fueron los fundamentos que sustentaron la segunda y cuarta pretensiones principales planteadas por **EL CONSORCIO** en el Proceso Arbitral N° 02 los que determinaron que dicho Tribunal Arbitral, acertadamente, declare la IMPROCEDENCIA de las mismas. Si el sustento del reclamo residía en un incumplimiento contractual este debía encausarse

a través de una pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios, y no por enriquecimiento sin causa.

Así también lo entienden Planiol y Ripert quienes, citados por Osterling, explican que:

Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido (s/f:397)

Insistimos, si el fundamento central de **EL CONSORCIO** residía en un incumplimiento imputable a la Entidad, la vía, no solo alternativa sino adecuada, era la indemnización por daños y perjuicios y no el enriquecimiento sin causa, como incorrectamente se planteó. Más aún si se tiene en cuenta su carácter subsidiario como requisito de procedencia.

Sin perjuicio de lo indicado, ya en el Proceso Arbitral N° 03, las pretensiones indemnizatorias recayeron sobre los daños y perjuicios generados, las cuales tuvieron su fundamento, una vez más, en un incumplimiento por parte de **PROVIAS NACIONAL**.

Pues bien, analizando las pretensiones planteadas en el Proceso Arbitral N° 02 y en el Proceso Arbitral N° 03 podemos sostener con facilidad que estamos frente a pretensiones de distinta naturaleza. De ahí que podamos concluir que no se produjo la identidad en el objeto requerida por el test de identidad para determinar, valga la redundancia, la identidad de los procesos. En consecuencia, no era posible sostener que las pretensiones principales planteadas por **EL CONSORCIO** en el Proceso Arbitral N° 03 ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada, toda vez que estas pretensiones nunca fueron objeto de pronunciamiento en el Proceso Arbitral N° 02.

Tampoco debe perderse de vista el hecho de que el propio Tribunal Arbitral del Proceso Arbitral N° 02 se limitó a referir las vías alternativas existentes para que **EL CONSORCIO** interpusiera su reclamo, por lo que podemos sostener que no hubo pronunciamiento sobre el objeto de la pretensión en sí. En otras palabras, no existió decisión de fondo por lo que no puede sostenerse que exista cosa juzgada.

Es por tal motivo que coincidimos con la postura esgrimida por Giovanni Priori en el Informe Jurídico de fecha 09 de febrero de 2011 que obra en el expediente cuando señala que la declaratoria de improcedencia evitó pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, dejando a salvo el derecho del Contratista a interponer su reclamo por las vías alternativas.

Por ende, no se produjo cosa juzgada sobre tales pretensiones como equivocadamente sostenía **PROVIAS NACIONAL** en la medida que no se produjo la identidad objetiva y tampoco existió pronunciamiento sobre dichas pretensiones en el proceso arbitral anterior. Máxime si, como hemos señalado, dicho Tribunal Arbitral dejó a salvo el derecho de **EL CONSORCIO** de plantear su pretensión indemnizatoria bajo la vía alternativa de la indemnización por daños y perjuicios, tal y como lo hizo en el Proceso Arbitral N° 03.

Por tales consideraciones, coincidimos con el Tribunal Arbitral en mayoría en el hecho de que la improcedencia de una pretensión no importa un pronunciamiento sobre el fondo de la misma. Se trató de un pronunciamiento de forma que no tuvo mayor incidencia sobre el mérito de las pretensiones planteadas por **EL CONSORCIO**, razón por la cual consideramos acertada la decisión de haber desestimado que el pronunciamiento del laudo derivado del Proceso Arbitral N° 02 respecto a las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa había producido cosa juzgada.

5.3. PARTIDA 103 – MANTENIMIENTO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL: ¿PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA O MAYOR METRADO?

En este apartado revisaremos la naturaleza jurídica de los adicionales de obra y los mayores metrados con la finalidad de determinar si la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial podía ser considerada como una prestación adicional de obra o mayor metrado y, de acuerdo a ello, comprobar si podía estar sujeta al mecanismo de aprobación de obras adicionales.

Asimismo, en este acápite, revisaremos la problemática que presentaba la regulación del procedimiento de aprobación de adicionales a partir de lo cual podremos concluir si existía alguna contradicción entre los dispositivos que regulaban dicha materia.

A partir de ello nos pronunciaremos respecto a las posiciones del Tribunal Arbitral en mayoría y el voto en discordia del Dr. Weyden García Rojas en relación a esta materia.

5.3.1. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El contrato de obra pública puede ser entendido como aquel en el cual una entidad del Sector Público encarga a un privado la ejecución de una obra de acuerdo a determinado plazo y condiciones técnicas. En contraprestación, el contratista recibe el pago de un precio que se ceñirá a lo establecido en su oferta económica. La legislación aplicable no establecía una definición expresa sobre el contrato de obra pública, sin embargo, en el RLCAE podemos ubicar una **definición genérica sobre el término “obra” que resulta extensible** a la obra pública.

Así, según el numeral 25) del artículo 2° del RLCAE, la obra pública puede ser entendida como la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Nota característica del contrato de obra pública es que este tiene por finalidad satisfacer un determinado interés que se considera público y relevante para el Estado. De ahí que estemos frente a un Contrato Administrativo o también denominado de la Contrato de la Administración Pública. Bajo esa premisa, Juristo Sánchez señala lo siguiente respecto al contrato de obra pública:

Aquel tipo de contrato administrativo por el que una de las partes llamada empresario o contratista se obliga a ejecutar, con organización o medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio en dinero que ha [de] pagarle una Administración Pública (1997:17).

Por lo tanto, somos de la opinión de que el rasgo definitorio para caracterizar el contrato administrativo de obra pública es el interés público que el Estado pretender alcanzar.

Pese a ello, es posible encontrar otro aspecto que nos ayude a identificar este tipo de contrato administrativo. **Se señala pues que “el carácter público de la obra se desprende también de las disposiciones que establecen el ejercicio de la función administrativa sobre aquella y sobre las acciones directamente relacionadas a ésta” (Linares 2009:178).** Por tanto, deben tenerse en cuenta, además, las especiales reglas y prerrogativas que rigen la obra pública dado, precisamente, el interés público comprometido.

Un ejemplo claro de ello es la prerrogativa establecida en el artículo 42° del Decreto Supremo N° 012-2001-PCM – TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, “LCAE”) **respecto a la facultad de** modificación del contrato mediante la aprobación de prestaciones adicionales de obra. Otro dispositivo que refleja el aspecto bajo comentario es el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (**en adelante, la “Ley Orgánica de la Contraloría”**):

Artículo 22.- Atribuciones

[...]

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obra, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

Estas prerrogativas se derivan del marco jurídico especial que el legislador ha previsto para las contrataciones públicas y que, en el caso en particular, viene dado por la LCAE, su Reglamento y demás normas relacionadas. Así también lo entendió el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

Antes de referirnos a dicho desarrollo, conviene precisar que, de acuerdo al artículo 58° de la LCAE, el CONSUCODE fue un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros que, entre sus funciones, absolvía consultas sobre materia de contratación estatal. Precisamente, en la Opinión N° 099-2005/GTN de fecha 13 de septiembre de 2005, el CONSUCODE, citando a Manuel De la Puente y Lavalle, señaló que:

La posibilidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales responde al ejercicio de prerrogativas por parte del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina cláusulas exorbitantes que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de

derecho público-como es el que subyace a las contrataciones y adquisiciones del Estado- en los que la Administración Pública representa el interés general, el servicio público, y su contraparte representa el interés privado.

En suma, el contrato de obra pública es un contrato administrativo en el cual el Estado y el particular se vinculan para que éste último realice y entregue una obra a favor del primero con el objetivo de satisfacer un interés público, todo ello bajo un régimen jurídico especial de Derecho Público.

5.3.2. LAS OBRAS ADICIONALES Y LOS MAYORES METRADOS

Las obras adicionales, así como los mayores metrados suponen una modificación al contrato de obra pública, sin embargo, la naturaleza de ambas es distinta como veremos brevemente a continuación.

Por un lado, las obras adicionales se caracterizan por ser trabajos que no se encuentran previstos dentro del contrato, ni del expediente técnico y demás documentos contractuales. Es decir, se trata de nuevas actividades que, sin embargo, resultan necesarias para cumplir con el objeto del contrato.

Al respecto, Molina Zaldívar y Ríos Salas explican que la obra adicional o lo que ellos denominan **obra extraordinaria** “**consiste en una modificación de proyecto, es decir, consiste en una obra material que no estuvo contemplada en el proyecto original contratado y, por tanto recibe el apelativo de extraordinaria**” (2016:138). Tal y como se observa, el aspecto relevante a tener en cuenta en el caso de las obras adicionales es que éstas no se encuentran previstas en el expediente técnico.

Sobre el mayor metrado, los precitados autores señalan que “consistirá en una actividad que sí estuvo contemplada en el proyecto original, pero en un volumen o cantidad inferior al contratado [...]” (Molina Zaldívar y Ríos Salas 2016:138). Es decir, en este supuesto la actividad sí se encuentra prevista en los documentos contractuales, no obstante, están contempladas en una cantidad menor a la realmente requerida para cumplir con el objeto del contrato

Debe indicarse que la legislación aplicable al caso no desarrolló un tratamiento normativo diferenciado entre los mayores metrados y las obras adicionales. De la revisión del artículo 42° de la LCAE y 159° y 160° del RLCAE no es posible ubicar alguna distinción al respecto. Sin perjuicio de ello, el artículo 42° de la LCAE precitado señalaba de manera escueta que las obras adicionales podían derivarse de errores en el expediente técnico como de situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.

La Resolución de Contralora N° 036-2001-CG que modificó la Directiva sobre autorización previa a la ejecución y pago de **presupuestos adicionales de obra pública (en adelante, la “Directiva”)** ofreció una definición de presupuesto adicional de obra en la cual incluyó las nociones de trabajos complementarios y mayores metrados. En dicho cuerpo normativo se disponía que:

2. Presupuesto Adicional de Obra

Para los fines del control gubernamental, es presupuesto adicional de obra el mayor costo originado por la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo, y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

Pese a dicha mención, no se observa que esta norma haya realizado una distinción entre obras adicionales o también llamadas trabajos complementarios y los mayores metrados. La Directiva solo establecía que los presupuestos adicionales de obra se derivaban tanto de trabajos complementarios como de mayores metrados, siempre que estos no estuviesen considerados en los documentos contractuales y resulten necesarios para cumplir con el objeto del contrato.

Consideramos que esta redacción es insatisfactoria y en nada contribuía a identificar los supuestos de obras adicionales y mayores metrados. Por el contrario, equivocadamente, la Directiva equiparó dichas nociones otorgándoles como aspecto determinante, en ambos casos, su inclusión o no en los documentos contractuales.

Antes de proseguir con este punto, precisamos brevemente que nos referimos a “documentos contractuales” como término genérico pues resulta claro que el contrato de obra pública no sólo se compone por el contrato, las bases de licitación o el expediente técnico, sino por todos aquellos documentos necesarios para la ejecución de la obra. Es por tal motivo que se sostiene que:

[...] el proyecto es un conjunto de antecedentes referidos al diseño, arquitectura, ingeniería, materiales, insumos, etc. que se requieren para la ejecución de la obra encomendada. El conjunto de antecedentes que configuran el proyecto, formarán parte del contrato de construcción, de ahí la importancia de conocer y entender el sentido y alcance de cada uno de ellos.

Los antecedentes que configuran o forman parte integrante del proyecto son básicamente los planos, las especificaciones técnicas, las memorias, las bases de licitación y el presupuesto en su caso (Molina Zaldívar y Ríos Salas 2016:121).

De ahí que nos resulte más adecuado hacer referencia a documentos contractuales y no sólo a las bases de licitación o el contrato como hace la Directiva pues, qué duda cabe que las especificaciones técnicas, planos, memorias y demás documentos similares forman parte integrante del contrato de obra pública.

Ahora bien, retomando el punto bajo comentario, desde nuestra perspectiva, la Directiva incurre en un error al equiparar la obra adicional al mayor metrado señalando que ambos casos se tratarán de obras no consideradas en los documentos del contrato.

Ello desconoce la definición los mayores metrados que, tal y como indicamos anteriormente, por su propia naturaleza, alude a trabajos que sí se encuentran previstos en el expediente. Por tal motivo, consideramos que la Directiva, más allá de la mera mención a los mayores metrados, se

refería propiamente a obras adicionales pues la nota característica de estas actividades es, precisamente, no estar incluidas en los documentos contractuales, lo que no ocurre en el caso de los mayores metrados.

Sin perjuicio de ello, de conformidad con el artículo 42º de la LCAE antes referido, la Directiva establecía que sólo procedía la aceptación y pago de presupuestos adicionales cuando ellos resulten necesarios para cumplir la finalidad del contrato y se deriven de (i) hechos imprevisibles surgidos con posterioridad a la suscripción del contrato y de (ii) omisiones o deficiencias del expediente técnico.

Nótese pues que bajo la premisa de esta definición las denominadas prestaciones adicionales eran aquellas actividades que no se encontraban previstas en el expediente técnico ni en el contrato pero que, de igual manera, requerían ser ejecutadas para cumplir con el objeto del contrato original. Siendo que, además, debían derivarse de hechos no previstos al momento de suscribir el contrato y defectos del expediente técnico de la obra.

Dado el escaso tratamiento normativo, resulta necesario remitirnos al desarrollo que sobre estas figuras jurídicas se realizó desde el propio CONSUCODE. Es así que en la Opinión N° 099-2005/GTN antes referida, el CONSUCODE señaló que:

En los contratos para la ejecución de obras, la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales se sustenta en la necesidad de la Entidad de que se ejecuten trabajos no considerados en el expediente técnico ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.

Al igual que lo establecido por la Directiva, el CONSUCODE aludió expresamente a las denominadas prestaciones adicionales como aquellas actividades que no se encontraban previstas en el expediente técnico ni en el contrato pero que, de igual manera, requerían ser ejecutadas para cumplir con el objeto del contrato original.

Posteriormente, dicho organismo emitió la Opinión N° 005-2006/GTN de fecha 20 de enero de 2006 en la cual explicó que:

Las prestaciones adicionales, en los contratos para la ejecución de obras públicas adoptan la denominación de obras adicionales, tal como se refiere en el artículo 159º del Reglamento.

La ejecución de obras adicionales incluye la realización de labores no consideradas en el proyecto de obra original, con carácter complementario y que resultan necesarias para que la obra proyectada pueda alcanzar su finalidad. Dichas labores pueden ser el resultado de cambios o variaciones practicadas en los planos y/o especificaciones técnicas de la obra, o la ejecución de mayores metrados, ello dependiendo del sistema de contratación que la Entidad haya adoptado para su ejecución.

Sobre el particular, podemos observar que ya en esta opinión el CONSUCODE aludió a la noción de mayores metrados distinguiéndola de la obra adicional. Sin embargo, lo relevante de esta opinión es que dicha diferencia venía determinada según el sistema de contratación comprometido. Es así que señaló lo siguiente:

En otras palabras, cabría que en un contrato de obra bajo el sistema a suma alzada se apruebe un adicional derivado de las modificaciones o variaciones a los planos y/o especificaciones técnicas de la obra, mas no para el caso de la ejecución de mayores metrados, dado que su ejecución no involucraría para la Entidad un mayor pago al contratista, en virtud de que el costo de estos mayores trabajos debe ser asumido por el contratista [...].

[...] en las obras convocadas bajo el sistema de precios unitarios constituirían prestaciones adicionales no sólo aquellas que resulten de la ejecución de labores complementarias por la modificación de planos y/o especificaciones técnicas, sino además aquellas que se deriven de la ejecución de mayores metrados, dado que en este último caso correspondería a la Entidad asumir el pago por la ejecución de dichas prestaciones, [...].

En ese orden ideas, de acuerdo al CONSUCODE, en los casos de contratos bajo el sistema a suma alzada únicamente resultaba posible la configuración del supuesto de obra adicional dado que implica una modificación de los planos o especificaciones técnicas. Mientras que en el caso de los contratos bajo precios unitarios, era perfectamente posible aludir tanto a obras adicionales como mayores metrados.

Finalmente, la Opinión N° 043-2006/GNP de fecha 17 de mayo de 2006 concluyó que:

[...] las prestaciones adicionales pueden consistir tanto en entregar o ejecutar mayor cantidad de bienes, servicios u obras a las inicialmente pactadas, o en realizar equivalentes prestaciones, congruentes con el objeto del contrato, pero con ciertas modificaciones en la forma o características de los bienes, servicios u obras pactadas de forma original. En todos los casos, las prestaciones adicionales involucrarían para la Entidad la erogación de mayores recursos públicos.

Se observa que en esta opinión el CONSUCODE ya no recurrió a la distinción entre mayores metrados y obras adicionales a partir del sistema de contratación que había establecido en la opinión anterior, sino que, de manera genérica, expresó que las prestaciones adicionales podían derivarse tanto de trabajos complementarios como de la ejecución de mayores cantidades a las inicialmente previstas, es decir, mayores metrados.

Por lo tanto, es posible concluir que ni la LCAE, ni el RLCAE ni la Directiva establecían diferencia alguna entre obras adicionales y mayores metrados expresamente, sino que aludían estrictamente a obras adicionales como aquellas no consideradas en el expediente técnico.

De la misma manera, el CONSUCODE, inicialmente, sostuvo que las prestaciones adicionales se caracterizaban por no estar consideradas en el expediente técnico. Fueron las opiniones posteriores del propio CONSUCODE las que intentaron esclarecer la diferencia y establecer criterios de distinción entre ambas figuras, tal y como hemos revisado en los párrafos precedentes.

5.3.3. LA BUENA FE Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las variaciones al contrato, sean por obras adicionales y mayores metrados, no pueden suponer una afectación al contratista quien soporta la ejecución de las mismas. Todo lo contrario, estas deben efectuarse en el marco de la buena fe y respeto al equilibrio económico del contrato. Ambos preceptos se constituyen como garantías frente a las prerrogativas que tiene el Estado en el marco de un contrato de obra pública.

La buena fe se encuentra regulada en los artículos 168° y 1362° del Código Civil e impone la obligación a las partes de conducirse con confianza y lealtad. Al respecto, Zusman, citando a Diez Picazo, explica que la buena fe supone que “el contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas” (2005:22). A partir de ello consideramos que la buena fe no es otra cosa que el deber de mutua colaboración exigible a las partes para alcanzar la finalidad prevista en el contrato.

Este deber de mutua colaboración se encuentra estrechamente relacionado con el principio del equilibrio económico del contrato, el cual consagra que debe existir consonancia permanente entre los trabajos comprometidos y ejecutados por el contratista y el interés económico del mismo. Sobre este extremo, Linares Jara sostiene que:

El principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato consiste en que al verse afectado un contrato cuyo objeto sea de interés público, por un factor imponderable que rompa el equilibrio entre las expectativas económicas justas del contratista y sus prestaciones, el Estado, [...] restituye el equilibrio inicial a favor del contratista (2006:299)

Por ende, se trata de un principio a partir del cual se busca reestablecer las condiciones económicas originarias a fin de evitar que el contratista soporte la mayor onerosidad de las prestaciones derivadas de cambios que pudiesen haber alterado dicho equilibrio. Por esa razón sostenemos que el principio de equilibrio económico se explica a partir del principio de equidad.

5.3.4. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE OBRAS ADICIONALES Y MAYORES METRADOS

Ahora conviene revisar el tratamiento legislativo sobre el procedimiento de aprobación de obras adicionales y mayores metrados de acuerdo a la legislación aplicable al caso. En primer lugar, el artículo 42° de LCAE establecía que:

Artículo 42.- La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. [...]

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; [...]

De acuerdo al artículo precitado de la LCAE, una Entidad podía ordenar y pagar una prestación adicional de obra hasta el límite de 15% cuando: (i) era necesaria para cumplir con el contrato y (ii) se derivaba de errores en el expediente técnico o situación imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. Por otro lado, en caso de superarse dicho límite, la norma establecía que la Entidad autorizaba la ejecución, pero para ordenar el pago se requería la autorización de la Contraloría General de la República.

Por su parte, el artículo 159° del RLCAE estipulaba que:

Artículo 159.- Obras adicionales

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con resolución del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no supere el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

Este dispositivo establece que de manera previa a la ejecución de una obra adicional se debía haber emitido la Resolución del Titular del Pliego o máxima autoridad administrativa autorizando dicho adicional.

A continuación, el artículo 160° del RLCAE señalaba que:

Artículo 160.- Obras adicionales mayores al quince por ciento (15%)

Las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. Para estos efectos la Contraloría contará con un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual deberá ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la

Contraloría, la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

De requerirse información complementaria, la Contraloría hará conocer a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al décimo día contado desde que se inició el plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia.

La Entidad cuenta con cinco (5) días para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia en la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría. (Énfasis nuestro)

En virtud de la autorización otorgada, la Entidad aprobará sin necesidad del trámite a que se contrae los párrafos precedentes, las prestaciones adicionales que requiera el contrato de supervisión de la obra.

En este orden de ideas, conviene recordar que el literal k) del artículo 22° de la Ley Orgánica de la Contraloría consagraba la atribución de la Contraloría para autorizar la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra pública que excedían el límite del 15%.

Por ese motivo, la citada norma reglamentaria señalaba que en el caso de obras adicionales mayores al 15%, se requería, además de la aprobación del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, la previa autorización de la Contraloría para la ejecución y pago de dicho adicional.

Resaltamos el hecho de que era la Entidad la que debía presentar la documentación sustentatoria frente a la Contraloría General, a partir de lo cual, ésta última disponía de quince (15) días para cumplir con emitir su pronunciamiento, siendo de aplicación el silencio administrativo positivo en caso de falta de pronunciamiento. En caso de requerir información adicional, debía comunicarlo como máximo al décimo día a la Entidad, siendo que ésta última debía cumplir con dicho requerimiento en un plazo de cinco (05) días.

Tal y como se observa, el procedimiento de aprobación de prestaciones adicionales estaba reservado a las obras adicionales, es decir, aquellas que no habían sido previstas en el expediente técnico. Es por ello que, solo en el caso de obras adicionales, se requería la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa y, de superarse el límite de ley, resultaba necesaria la intervención de la Contraloría General de la República.

En consecuencia, no existía en las normas aplicables un procedimiento para el trámite de mayores metrados, es decir, aquellas actividades que, encontrándose previstas en el expediente, lo estaban en un volumen o cantidad menores a los realmente necesarios para alcanzar el objeto del contrato

5.3.5. NUESTRA POSICIÓN

En primer lugar, debemos señalar que la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial se encontraba prevista en el numeral 103.1 del Expediente Técnico de la Obra y consistía en lo siguiente:

103.1 Descripción

Las actividades que se especifica en esta sección abarcan lo concerniente con el mantenimiento de tránsito a lo largo de toda la obra y en las áreas que se hallan en construcción durante el período de ejecución de obras. [...]

En general se incluyen todas las acciones, facilidades, dispositivos y operaciones que sean requeridos para garantizar la seguridad y confort del público usuario erradicando cualquier incomodidad y molestias que puedan ser ocasionadas por deficientes servicios de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.

A ello debe agregarse que dicho numeral establecía que el Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial incluía el saneamiento de suelos y el esparcimiento de agua sobre las partes no pavimentadas de la vía. Se trata, en suma, de una actividad de carácter permanente.

En consonancia, la Cláusula 27 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) señalaban que:

27.1 El Contratista será responsable del mantenimiento de tránsito de la Obra Vial por la totalidad de las secciones o variantes de los puentes, hasta la Recepción Final de la Obra.

27.2 El Contratista deberá mantener el tránsito público y comercial a su costo durante el período de construcción, asimismo deberá efectuar mantenimiento rutinario, conservando el camino de toda la obra vial contratada en buenas condiciones, de tal manera que sus trabajos no interfieran con la comodidad pública [...]

27.3 Debe entenderse que el concepto de mantenimiento de tránsito corresponde al mantenimiento de la vía durante la ejecución de la obra.

Por ello, sostenemos que la Partida 103 se encontraba incluida en los documentos que formaban parte del **CONTRATO PRINCIPAL** y, por ende, cualquier variación sobre las cantidades o volúmenes previstos en el Expediente Técnico debía ser configurado bajo un supuesto de mayores metros.

Ciertamente, la controversia sobre este aspecto surge debido a la necesidad de destinar un mayor volumen de recursos a los previstos originalmente debido al cambio de las condiciones de la carpeta asfáltica. No debe olvidarse que dicha variación estuvo determinada por el retiro de gran parte de la carpeta asfáltica por el Gobierno Regional de Ucayali.

Así pues, si bien el Expediente Técnico original preveía que la vía presentaba 16.1 km sin asfalto (capa afirmada), en realidad el terreno entregado a **EL CONSORCIO** presentaba 39.34 km en tales condiciones. Por tanto, las cantidades inicialmente previstas debían incrementarse para atender la nueva realidad de la vía. De manera tal que, según lo afirmado por el Contratista y que no fue rebatido por **PROVIAS NACIONAL**, ello obligó a **EL CONSORCIO** a realizar un

mantenimiento total acumulado de 629,21. Km afirmados frente a los 88,76 km inicialmente previstos para dicha actividad.

En consecuencia, no estamos frente a una obra adicional no prevista en los documentos contractuales, sino todo lo contrario. La actividad de mantenimiento de tránsito y seguridad vial estaba contemplada no sólo en el Expediente Técnico sino también en el Contrato a través de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), por lo que podemos afirmar válidamente que estamos frente a mayores metrados y no se tratan de obras adicionales.

Tal y como hemos visto, la normativa aplicable no establecía un procedimiento para el trámite de mayores metrados, es decir, actividades previstas en los documentos contractuales, pero en cantidad inferior a la requerida. El artículo 42º de la LCAE y los artículos 159º y 160ª del RLCAE únicamente regularon el trámite de trabajos complementarios no previstos en los documentos del contrato, en otras palabras, obras adicionales.

Tampoco puede dejarse de lado la Directiva pues si bien aludía a la noción de mayores metrados, no hacía más que equiparar dos categorías totalmente distintas y les otorgaba una única condición: el no estar previstas en los documentos contractuales. Es por ese motivo que, como señalamos anteriormente, consideramos que, más allá de la alusión a los mayores metrados, la Directiva regulaba más bien el supuesto de obras adicionales.

De ahí que, como acertadamente señaló Cassagne en el Informe Jurídico de fecha 20 de diciembre de 2010 que consta en el expediente, no resulte adecuado aplicar, por extensión, el procedimiento de prestaciones adicionales al supuesto de mayores metrados, pues estos últimos no gozan de la característica que el legislador ha adoptado para caracterizar una prestación adicional, a saber, su falta de presencia en los documentos contractuales.

Por tanto, resulta válido afirmar que la legislación aplicable no preveía un trámite de mayores metrados lo que obliga a revisar otras fuentes que permitan esclarecer su tratamiento. Así pues, debemos remitirnos al numeral 14.1 de cláusula 14 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) previstas en la Sección V de las Bases de Licitación, la cual estipulaba que eran obras adicionales aquellas que no habían sido consideradas en el Expediente Técnico, ni el Contrato, cuya realización resultaba indispensable y necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.

Nuevamente, de conformidad con la normativa aplicable, el rasgo distintivo que se adopta ya en el **CONTRATO PRINCIPAL** es que la obra adicional no se encuentre prevista en los documentos contractuales.

Ahora bien, no debemos perder de vista que estamos frente a un contrato a precios unitarios, es decir, la contraprestación a pagar al contratista estará en función a los trabajos realmente ejecutados a partir de los precios ofertados. Al respecto, Molina Zaldívar y Ríos Salas señalan que **“el valor del proyecto será el resultante de las cubicaciones que se efectúen de acuerdo a los trabajos que efectivamente realice el constructor durante la ejecución del proyecto” (2016:58).**

A partir de ello, consideramos necesario rebatir las opiniones emitidas por el CONSUCODE que intentaron establecer una distinción entre dichas categorías sobre la base del sistema de contratación implicado. Descartamos que en el caso de los contratos de obras a precios unitarios el mayor metrado esté determinado únicamente por el hecho de que supone un costo adicional para el Estado como concluyó el CONSUCODE en su Opinión N° 043-2006/GNP.

Por el contrario, coincidimos con Cassina Rivas cuando señala que “en los contratos a Precios Unitarios son adicionales no los mayores metrados sino los nuevos metrados que surjan por incorporación de partidas no consideradas en los planos y especificaciones técnicas” (2008:120). En tal sentido, “el verdadero adicional del contrato a Precios Unitarios es el que surge de un cambio de partidas que aumenta el costo de la obra; o de la incorporación de partidas nuevas que no estaban consideradas en los planos y especificaciones técnicas” (2008:121).

El citado autor explica que en los contratos a precios unitarios la obra adicional está determinada por un cambio de partidas que elevaba el costo de la obra o la incorporación de nuevas partidas y que, en ningún caso, ello puede ser confundido con un mayor metrado. Una vez más, la nota distintiva es la falta de inclusión de la actividad en el contrato original.

Por tales motivos, la distinción realizada por el CONSUCODE resultó carente de efectos prácticos dado que incurrió en un error al equiparar ambas categorías. Insistimos, la normativa aplicable no regulaba el supuesto de mayores metrados sino únicamente las obras adicionales al establecer como condición esencial que estas actividades no debían encontrarse previstas en los documentos contractuales.

Es esta condición, pues, la que excluye al mayor metrado de dicha regulación puesto que no podía ni podría ocurrir que estas actividades no se encuentren en los documentos del contrato. Todo lo contrario, las actividades por mayores metrados, por naturaleza, sí se encuentran contempladas en la documentación integrante del contrato, pero únicamente en una menor cantidad a la necesaria.

En suma, al tratarse de mayores metrados, la Partida 103 no estaba sujeta al procedimiento de aprobación de adicionales como equivocadamente sostuvo **PROVÍAS NACIONAL**. Muy por el contrario, no requería aprobación previa por parte de la Entidad ni muchos de la Contraloría General de la República.

Lo anterior obedece a una cuestión de orden lógico. Toda vez que **EI CONTRATO PRINCIPAL** era a precios unitarios, por su naturaleza, el contratista tenía derecho a recibir el pago de lo realmente ejecutado sobre las bases de las partidas previstas y los precios ofertados por **EL CONSORCIO**. De modo tal que no existía ningún impedimento para que, en la liquidación final, el Contratista incluya el cálculo de los metrados efectivamente realizados durante la obra.

Sin perjuicio de lo anterior, la Partida 103 presentaba una particularidad que no puede dejarse de lado, esto es, su carácter permanente. De la revisión de los documentos contractuales, tal y como

anota acertadamente el Tribunal Arbitral en mayoría, esta actividad debía ejecutarse durante todo el período de ejecución de la obra hasta su recepción. Mas aún no podía paralizarse pues la sola interrupción hubiera supuesto un incumplimiento por parte de **EL CONSORCIO** pasible de penalidad.

A partir de dicha, resulta posible sostener con validez que los mayores costos por la ejecución de Partida 103 no podía someterse al procedimiento de aprobación de presupuestos adicionales pues dicho procedimiento hubiese supuesto una paralización de la actividad, lo que a su vez hubiera derivado en un incumplimiento atribuible al Contratista, toda vez que este tenía la obligación de mantener el tránsito y la seguridad de la vía desde la entrega del terreno hasta la recepción de obra.

Por tales razones, coincidimos con el Tribunal Arbitral en mayoría respecto a que la Partida 103 no podía estar sujeta al trámite de aprobación de adicionales, no solo porque se trataba de una actividad prevista en los documentos contractuales y, en consecuencia, no calificaba como obra adicional de acuerdo a las Condiciones Especiales del Contrato, sino además por su carácter permanente dadas las obligaciones comprometidas en dicha actividad. Así pues, de haberse aceptado el criterio de la Entidad, hubiera implicado el riesgo de aplicación de penalidades dada la interrupción de una actividad, por naturaleza, continua.

5.4. LA PROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS PLANTEADAS POR EL CONSORCIO Y EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE PROVÍAS NACIONAL

El Contratista sustentó sus pretensiones principales referidas a indemnización por daños y perjuicios sobre la base de un supuesto incumplimiento contractual. En tal sentido, revisaremos si resulta posible afirmar que **PROVÍAS NACIONAL** incurrió en un incumplimiento a la luz de sus obligaciones contractuales.

A partir de ello comprobaremos la viabilidad de las pretensiones planteadas tanto en el Proceso Arbitral N° 02 como en el Proceso Arbitral N° 03.

5.4.1. LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Como explicamos anteriormente, el contrato de obra pública es un contrato administrativo en el cual el particular se vincula para que éste último realice y entregue una obra a favor del Estado con el objetivo de satisfacer un interés público, bajo un régimen jurídico especial de Derecho Público. En el marco de este tipo de contratos se imponen determinados deberes al contratista y a la Entidad contratante que se desprenden de la naturaleza conmutativa del contrato de obra pública. Revisemos brevemente en qué consisten dichas obligaciones.

Pues bien, una de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad contratante es la entrega del terreno. Así pues, el literal e) del artículo 145° del RLCAE señalaba que:

Artículo 145.- Cómputo del plazo de duración de los contratos de obras y plazos de ejecución. -

El plazo de duración de los contratos de obras comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

[...]

*e) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se **ejecutará la obra** [...]*

Como explican Molina Zaldívar y Ríos Salas, **“será el propietario quien tendrá la obligación de hacer entrega oportuna y completa del terreno donde se ejecutarán las obras con todos sus permisos y autorizaciones” (2016:233)**. Como vemos esta obligación está íntimamente relacionada con la obligación de obtener las licencias, autorizaciones y permisos correspondientes para el inicio de la obra. Es así que el artículo 127º del RLCAE estipulaba lo siguiente:

Artículo 127.- Obtención de las licencias, autorizaciones y permisos.-

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del contratista.

Otra de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad contratante es proporcionar un expediente técnico adecuado y completo para la ejecución de la obra que se encargará al constructor. Dicha obligación se encontraba regulada en el literal d) del artículo 145º del RLCAE

En ese orden de ideas, se sostiene que “dado que el constructor ha tomado para sí el riesgo contractual de ejecutar la obra en un plazo y en un precio normalmente fijo y predeterminado, es fundamental que el mandante le haya entregado un proyecto completo, adecuado y debidamente coordinado” (Molina Zaldívar y Ríos Salas 2016:236). Debiéndose entender por “proyecto” al expediente técnico y demás documentos relacionados que permiten al contratista ejecutar la obra.

Otra obligación fundamental a cargo de la Entidad contratante es la de atender las observaciones que plantea el contratista sobre los documentos contractuales durante la ejecución contractual y que pueden derivar en variaciones de la obra. Esta obligación podía encontrarse traducida en el artículo 126º del RLCAE que establecía que:

Artículo 126.- Responsabilidad de la Entidad

En los proyectos, estudios, informes o similares aprobados por la Entidad, ésta es responsable de las modificaciones que ordene o aprueba o de aquellas que se generen debido a la necesidad de ejecución de los mismos.

No sólo ello, sino que, en concordancia con el precitado dispositivo, el artículo 159º del RLCAE también era expresión de esta obligación al reservar al Titular del Pliego o máxima autoridad administrativa de la Entidad la autorización de prestaciones adicionales. Se trata, como mencionamos anteriormente, de una prerrogativa pública en el marco de un contrato administrativo como el de la obra pública.

Por último, no está demás indicar que también es una obligación a cargo de la Entidad pagar al contratista los costos por los servicios efectivamente ejecutados y entregados a satisfacción del Estado.

Ahora, respecto a las obligaciones a cargo del contratista Molina Zaldívar y Ríos Salas sostienen que se consideran la de ejecutar la obra conforme al proyecto y especificaciones técnicas, ejecutar la obra con debida diligencia y cuidado, responder por trabajos defectuosos, así como por aquellos realizados por subcontratistas, proveedores y trabajadores; y, finalmente, ejecutar la obra dentro del plazo (2016:244-250)

Sin perjuicio de ello, consideramos que todas las obligaciones referidas pueden subsumirse en dos principales: (i) la de cumplir el contrato directamente conforme a las especificaciones establecidas en los documentos contractuales y (ii) la de ejecutar la obra en el plazo previsto.

En relación al primer (i) punto, debemos señalar que esta obligación se desprende del carácter personalísimo del contrato de obra pública. Así pues, consideramos que el contrato de obra pública involucra obligaciones *intuitu personae* dado que, en este tipo de obligaciones, el vínculo entre las partes **se genera “[...] teniendo en consideración calidades que son inherentes al deudor, por referirse a sus atributos personales” (Osterling 2007:67). Precisamente, los procedimientos de selección llevados a cabo por la Entidad son reflejo de lo que aquí se explica, en tanto dicha selección se realiza en criterios basados en la experiencia y personal ofertado por el postor.**

Respecto al punto (ii), nos limitaremos a señalar que impone la obligación de respetar el cronograma ofertado, salvo que se produzcan eventos ajenos al contratista cuyo impacto en la programación de los trabajos requiera la extensión del plazo contractual.

Finalmente, debemos señalar que este conjunto de obligaciones tanto para el contratista como para la Entidad se desenvuelven en el marco de la buena fe y el equilibrio económico del contrato, tal y como revisamos en el punto 5.3.3 precedente.

5.4.2. LA RESPONSABILIDAD POR LA INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

La inejecución de obligaciones refiere al incumplimiento de una o más prestaciones comprometidas por la parte deudora en una relación contractual. El incumplimiento puede ser total, es decir, cuando la obligación comprometida no se ejecuta en ninguno de los extremos pactado; o, parcial, cuando solo se afecta parte de las obligaciones comprometidas.

En ese orden de ideas, se produce un incumplimiento cuando se afectan alguno de los denominados principios del pago (identidad, indivisibilidad e integridad). En estos casos estaremos frente a un cumplimiento parcial (integridad), defectuoso (identidad) o tardío (indivisibilidad).

Frente al incumplimiento, el legislador ha previsto remedios a través de los cuales la parte afectada puede exigir el cumplimiento de la prestación comprometida o el resarcimiento correspondiente. A efectos del presente informe, nos referiremos concretamente a la indemnización por daños y perjuicios. Así, el artículo 1321° del Código Civil estatuye que:

*Artículo 1321.- Indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable
Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. [...]*

Por lo expuesto, a fin de determinar la procedencia de una pretensión sobre daños y perjuicios se debe constatar el incumplimiento de la obligación comprometida imputable a la parte a cargo de dicha prestación y el subsecuente daño derivado de dicho incumplimiento.

Sin perjuicio de ello, a nuestro juicio, el daño representa el elemento central para determinar la procedencia de una pretensión de esta naturaleza. Por ello, coincidimos con Osterling cuando **explica que “el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño” (s/f: 400)**. De acuerdo a ello, resulta fundamental acreditar la existencia del daño, en caso contrario la pretensión deberá desestimarse, aun cuando pueda haberse demostrado el incumplimiento.

Breve mención merece los supuestos de excepción de la responsabilidad. Por un lado, la noción de diligencia a que se hace referencia en el artículo 1314° del Código Civil. En palabras de Osterling **Parodi y Castillo Freyre, “la diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento,** pudiendo ser esta actividad negativa, que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de **la prestación debida”** (2008:1056).

En ese orden de ideas, la diligencia ordinaria requerida alude al comportamiento que debe desplegar la parte deudora para cumplir con el interés de su acreedor. Por esa razón, desde nuestra perspectiva, el precepto regulado en el artículo 1314° del Código Civil está íntimamente ligado al principio de buena fe, pues exige un correcto actuar de las partes para alcanzar los intereses plasmados en el contrato.

Finalmente, el artículo 1315° del Código Civil regula los casos de fuerza mayor y caso fortuito como supuestos de causa no imputable y que excluyen la responsabilidad frente a un incumplimiento. De acuerdo a la norma, son tres las características que deben presentar en un evento para considerarlo de fuerza mayor y caso fortuito: (i) imprevisible, (ii) extraordinario e (iii) irresistible.

No obstante, nos permitimos indicar que, desde nuestra postura, son dos los requisitos esenciales en ambos casos, a saber, el carácter extraordinario e irresistible del evento. La imprevisibilidad, por su parte, se deriva de la propia naturaleza de un evento extraordinario por lo que bien puede subsumirse dentro de esta noción.

5.4.3. NUESTRA POSICIÓN

Como mencionamos anteriormente, **EL CONSORCIO** planteó dos pretensiones principales basadas en el incumplimiento contractual de la Entidad. En primer lugar, el Contratista señaló que

la Entidad había incumplido su deber de ejecutar el contrato de buena fe, de entregar un expediente técnico adecuado, de entregar el terreno en las condiciones ofrecidas, así como su deber de dirigir y controlar la obra.

Al respecto, consideramos que el principio de buena fe irradia a todas las obligaciones comprometidas en un contrato y no se limita únicamente a una de ellas. En otras palabras, el deber de ejecutar el contrato de buena fe deberá analizarse en cada una de las obligaciones comprometidas por las partes. En este caso, es posible identificar tres obligaciones claramente, la entrega del terreno, la entrega del expediente técnico y, el control y dirección de la obra por parte de **PROVÍAS NACIONAL**.

En relación a la entrega del terreno encontramos sustento suficiente para alegar un incumplimiento sobre este extremo. **EL CONSORCIO** alegó que la Entidad tenía la obligación de garantizar la entrega del terreno en las condiciones previstas. Nos encontramos de acuerdo con dicha afirmación.

En ese orden de ideas, creemos que, como parte de las obligaciones relacionadas a la entrega del terreno, la Entidad tenía la obligación de realizar todas las gestiones necesarias para garantizar la entrega del lugar de ejecución de la obra, conforme a las condiciones previstas en las especificaciones técnicas.

Si se tiene en cuenta que el Gobierno Regional de Ucayali tenía y tendría a su cargo la vía hasta la entrega del terreno al Contratista, resulta claro que **PROVÍAS NACIONAL** tenía la obligación de desplegar un mínimo nivel de coordinación para garantizar que el terreno sobre el cual **EL CONSORCIO** iba a ejecutar sus trabajos no se modifique.

No se trata pues, como podría parecer a simple vista, de un hecho ajeno a la Entidad que puede resultarle imprevisible. Al contrario, **PROVÍAS NACIONAL**, como parte del Estado, debía prever que, en el ejercicio de sus funciones, el Gobierno Regional de Ucayali podría realizar modificaciones en el terreno hasta la entrega del mismo al Contratista. Por esa razón, resultaba imperioso, en el marco de una conducta acorde a la buena fe, que la Entidad realice las coordinaciones necesarias para evitar dicha variación.

Por ende, se puede concluir que la Entidad no actuó diligentemente pues no garantizó adecuadamente el mantenimiento de las condiciones inicialmente pactada en el **CONTRATO PRINCIPAL** celebrado con el Contratista. Es este hecho primigenio el que desencadenará la necesidad de ejecutar mayores metrados y ampliaciones del plazo contractual.

Ahora, en cuanto a la entrega del Expediente Técnico, dicha obligación se encontraba expresamente regulada en el literal d) del artículo 145º del RLCAE que establecía lo siguiente:

Artículo 145.- Cómputo del plazo de duración de los contratos de obras y plazos de ejecución. -

El plazo de duración de los contratos de obras comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

[...]

d) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo [...]

Por otro lado, la obligación de controlar y dirigir la obra se encontraba prevista en el artículo 149° del RLCAE que establecía que:

Artículo 149.- Funciones del Inspector o del supervisor de obra

La entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. [...]

Resulta claro que esta obligación se ejercía mediante la designación de un supervisor de obra en el caso de obras públicas. Ello guarda relación con el literal b) del artículo 145° del RLCAE que imponía como obligación para el inicio del cómputo del plazo contractual la designación del supervisor de obra.

Desde nuestra posición, **PROVÍAS NACIONAL** incumplió las obligaciones antes descritas. Así las cosas, la Entidad no cumplió con entregar un expediente técnico adecuado. Como explican Molina Zaldívar y Ríos Salas, a quienes citamos anteriormente, el propietario está obligado a proporcionar un proyecto definitivo y completo. Resulta evidente que en este caso no sucedió así.

La prueba más clara de ello es la aprobación de seis (06) presupuestos adicionales de obra y cuatro (04) ampliaciones de plazo durante la ejecución de obra lo que demuestra la insuficiencia del expediente técnico presentado por la Entidad al Contratista y sobre el cual éste último basó sus precios en la oferta.

Por ello coincidimos con los precitados autores cuando sostienen que “no resulta exigible al constructor tener que resolver las insuficiencias del proyecto, sean de ingeniería, de especificaciones y otras, y por ende tendrá derecho a ser compensado en costo y plazo si de dichas insuficiencias se derivan retrasos y mayores costos” (2016:236). De ello resulta que la obligación de entregar un expediente técnico se complementa con el hecho de garantizar que este sea idóneo para los fines previstos.

De otra parte, si nos limitásemos al texto normativo, parecería ser que dicho deber se agota con la entrega del expediente al contratista. Sin embargo, consideramos que dicha interpretación sería equivocada. Todo lo contrario, bajo una interpretación sistemática de los preceptos regulados en los literales b) y e) del artículo 145° del RLCAE podremos llegar a la conclusión de que esta obligación es continua y se traduce en el deber de mantener vigente y actualizado el expediente técnico. No se agota, por tanto, en un solo acto.

En adición a ello, si consideramos el hecho de que el artículo 126º del RLCAE responsabilizaba a la Entidad por la aprobación de los proyectos, estudios, informes y demás documentos de similar naturaleza, así como también por la modificación de los mismos, podremos concluir que la entrega del expediente supone también tramitar adecuadamente sus variaciones a fin de ajustarlo a la realidad de la obra.

Dicho de otra manera, implica también mantenerlo actualizado en base a los cambios producidos durante la ejecución del contrato. Por esta razón, desde nuestro punto de vista, la obligación de proporcionar un expediente técnico adecuado y la obligación de ejercer el control de la obra se interrelacionan, pues esta última impone a la Entidad el deber no solo de supervisar la ejecución de los trabajos sino, en última instancia, de que estos cumplan con el propósito del contrato.

Así, de existir la necesidad de modificar algún extremo de los documentos contractuales para cumplir con el fin previsto, **PROVIAS NACIONAL** estaba obligada a gestionar adecuadamente dichas variaciones para garantizar la idoneidad del expediente de obra y así lograr la finalidad comprometida, sin perjudicar al Contratista.

La interpretación a la que llegamos aquí también se respalda en el principio de buena fe contractual al que aludió **EL CONSORCIO**. Bajo esa premisa, si la norma imponía a **PROVIAS NACIONAL** la obligación de entregar el expediente técnico, en base a la buena fe, esta obligación suponía no sólo la entrega sino también la idoneidad del mismo, supervisando todos aquellos hechos que pudiesen impactar en el expediente, a fin de mitigarlos y alcanzar el objetivo contractual.

No compartimos la postura de la Entidad al señalar que el Contratista debía iniciar el procedimiento de aprobación de adicionales ya que, como hemos explicado, no se tratan de obras adicionales no previstas, sino de mayores metrados, es decir, actividades previstas en el expediente técnica pero un menor volumen.

Pero aún en el supuesto que desde ya negamos se considerase como válida la posición de la Entidad, creemos que **PROVIAS NACIONAL** incurrió en un error al considerar que dicho procedimiento se encontraba a cargo del Contratista.

Por esa razón coincidimos con Linares Jara cuando sostiene que:

En la práctica profesional, se da el error de calificar a la comunicación que formula el contratista a la Entidad sobre la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales, como una solicitud que inicia un procedimiento administrativo a efectos de determinar si corresponde o no llevar a cabo dichos trabajos bajo la figura de adicionales de obra.

En forma estricta, la solicitud no sería tal, sino que seguiría la naturaleza de una “puesta en conocimiento”, sobre la base de lo cual la Entidad deberá adoptar las acciones del caso para determinar la pertinencia de llevar a cabo trabajos adicionales (2009:182).

No se trata pues de un procedimiento a instancia de parte como pareció entenderlo la Entidad. Basta con revisar el artículo 126° del RLCAE antes citado para refutar dicha argumentación. Es, por el contrario, únicamente un deber de comunicación que se desprende del deber de cooperación que impone la buena fe contractual.

Nótese, además, que la Supervisión detectó las variaciones e impactos producidos por la carpeta asfáltica desde el 16 de abril de 2005, tal y como consta en el Asiento N° 23 del Cuaderno de Obra. Posteriormente, con fecha 21 de abril de 2005, **EL CONSORCIO** remitió su plan inicial de conservación y mantenimiento de la vía, en el cual se preveían mayores trabajos a ejecutar dada la modificación producida en el terreno.

Con fecha 27 de abril, mediante el Asiento N° 33, la Supervisión solicitó realizar el cálculo del saldo de carpeta asfáltica existente en la vía tras el retiro de la misma por parte del Gobierno Regional de Ucayali y el 21 de junio de 2005, el Contratista remitió a la Supervisión su Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial.

No solo ello, sino que con fecha 25 de octubre de 2005, el Contratista alertó que los cambios producidos en la vía estaban generando mayores costos. Así, cabe preguntarse, ¿si la Supervisión conocía desde el 16 de abril de 2005 que se habían producido variaciones en el terreno, por qué no inició el trámite, de considerarlo necesario, del presupuesto adicional?

Esta situación no revela más que la propia negligencia de la Entidad, a través de su Supervisión, para ejercer el control y dirección de la obra al no dar trámite oportuno a lo que consideraba debía someterse al procedimiento de aprobación de adicionales.

Por tales motivos coincidimos con el Tribunal Arbitral en mayoría del Proceso Arbitral N° 03 cuando señala que la Entidad tenía la obligación de proporcionar un expediente técnico adecuado y completo, pues ello habría evitado la tramitación de adicionales posteriores. Precisamente, para este Tribunal la prueba de la insuficiencia recae en la necesidad de tramitar hasta seis (06) presupuestos adicionales, así como ampliaciones de plazo. No obstante, consideramos que también es posible aludir a un incumplimiento respecto a la entrega del terreno y el deber de ejercer el control y dirección de la obra.

Ahora bien, qué duda cabe que este incumplimiento supuso una afectación a **EL CONSORCIO** no solo por la necesidad de ejecutar mayores metros para ejecutar la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial como explicamos en el acápite 5.2 precedente, sino también porque por la propia naturaleza permanente de esta actividad, el Contratista se vio obligado a ejecutar por un mayor tiempo al previsto debido a las ampliaciones de plazo.

No se trata, en suma, de un hecho aislado como podría serlo la variación de la carpeta asfáltica que derivó en la necesidad de ejecutar una mayor cantidad de metros en la vía, sino de otras deficiencias en el expediente técnico que provocaron que se tramiten no sólo presupuestos adicionales sino también ampliaciones de plazo que terminaron impactando tanto en los precios ofertados por **EL CONSORCIO** como en el plazo previsto para la ejecución de la obra.

Así las cosas, discrepamos con la posición esgrimida en el Voto en Discordia que sostuvo que el daño no estaba acreditado. A nuestro juicio, se ha acreditado debidamente no solo el incumplimiento por parte de **PROVIAS NACIONAL** sino también el daño generado, debido al mayor costo incurrido por la ejecución de los mayores metrados en la Partida 103 y el mayor tiempo en el cual se tuvo que ejecutar.

En consecuencia, consideramos adecuada la decisión del Tribunal Arbitral en mayoría de declarar FUNDADA la primera pretensión principal planteada por **EL CONSORCIO**, reconociendo el pago de los mayores costos incurridos por la ejecución de los mayores metrados correspondientes a la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial durante la ejecución de la obra.

Nos pronunciaremos ahora sobre la segunda pretensión principal referida a la ejecución de los mayores metrados derivados del Presupuesto Adicional N° 06 aprobado por la Contraloría General de la República. Al respecto, debemos recordar que no se cuestionaba aquí la prerrogativa de la Contraloría para aprobar los presupuestos adicionales mayores al 15% del monto del contrato, sino el incumplimiento de **PROVIAS NACIONAL** respecto a la tramitación de dicho presupuesto adicional. Precisamente, el Contratista alegó que el incumplimiento de la Entidad estaba relacionado a la falta de entrega de un expediente técnico adecuado, así como el deficiente control y dirección sobre la obra.

Como ya se ha indicado, la entrega de un expediente técnico no se agota con la sola entrega de los documentos técnicos, sino que también exige mantener el expediente técnico actualizado a fin de que sea adecuado para alcanzar los fines previstos en el **CONTRATO PRINCIPAL**. Sólo así se puede sostener que la Entidad ha cumplido cabalmente con la obligación de proporcionar un expediente técnico suficiente y ajustado a la realidad, siendo que ello se relaciona con el deber de ejercer el control y dirección de la obra.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que la Entidad incurrió en un incumplimiento al no tramitar adecuadamente el Presupuesto Adicional N° 06. Nos centraremos en la partida 203.A – Excavación de explanaciones sin clasificar, la partida 204 – Terraplenes, la partida 207.E Transporte de Material Granular, la partida 208.C – Suministro de material granular de cantera y la Partida 301.B – Sub base Granular con Material de Cantera, pues éstas fueron las partidas observadas por la Contraloría General.

Como punto inicial, debemos señalar que, de este conjunto de partidas, las partidas 207.E, 208.C y 301.B fueron consideradas como partidas nuevas, mientras que las partidas 203.A y 204 se encontraban ya previstas en el Expediente Técnico de la obra. Así pues, las tres primeras partidas aluden a obras adicionales, mientras que las dos últimas se refieren a mayores metrados.

Dicho esto, precisamos que, en principio, este presupuesto adicional no debió considerar las partidas 203.A y 204 ya que estas sí se encontraban previstas en el Expediente Técnico y, por lo tanto, no encajaban dentro de la definición de obra adicional prevista en la Directiva ni en la Cláusula 14 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC). En suma, el presupuesto adicional

en cuestión debió versar exclusivamente sobre las partidas nuevas antes referidas, pues estas sí cumplían con la definición de obra adicional, es decir, no se encontraban previstas en los documentos contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto en la Partida 203.A como en la 207.E se identificaron diferencias de criterio técnico. Claro está que ello no podría haber sido objeto de un arbitraje, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría y la Directiva. Pese a ello, nada obstaba a que **PROVÍAS NACIONAL** sometiera a un proceso contencioso administrativo la decisión de la Contraloría General de la República al desestimar el presupuesto adicional en esos extremos. Dichas normas excluían el arbitraje, más no impedían que la diferencia de criterio se discuta en la vía judicial ordinaria.

Por otra parte, en cuanto a las Partidas 204, 207.E, 208.C y 301.B se identificó que la desaprobación atendió a la falta de un sustento técnico adecuado, a pesar de que éste fue requerido por la Contraloría General a la Entidad. En el caso de estas partidas, el incumplimiento resulta mucho más evidente puesto que **PROVÍAS NACIONAL** no cumplió con elaborar adecuadamente el expediente técnico frente a la Contraloría, a pesar de que el artículo 126º del RLCAE le imponía dicha obligación.

Es por tales motivos que nos encontramos de acuerdo con la postura del Tribunal en mayoría al afirmar que se produjo un incumplimiento contractual atribuible a **PROVÍAS NACIONAL**. Máxime si se tiene en cuenta que la Entidad no desvirtuó en ningún momento la responsabilidad atribuida, limitándose a señalar que se estaba pretendiendo una revisión de la decisión de la Contraloría, afirmación que no compartimos por las razones expuestas en el punto 5.1.3 precedente.

En tal sentido, coincidimos en que la segunda pretensión principal planteada por **EL CONSORCIO** resultaba amparable al haberse acreditado el incumplimiento por parte de la Entidad. Compartimos el criterio asumido por el Tribunal en mayoría para declarar FUNDADA PARCIALMENTE esta pretensión, debido a que el monto reconocido era ligeramente inferior al solicitado originalmente por el Contratista, en base al cálculo efectuado en la pericia técnica.

Sin ánimo de resultar contradictorio, consideramos que también hubiese sido posible plantear como pretensión principal una pretensión indemnizatoria por enriquecimiento sin causa sobre la base de la mayor onerosidad derivada de la necesidad de ejecutar mayores metros para cumplir con el objeto del contrato, lo que ocasionó la ruptura del equilibrio económico entre las prestaciones comprometidas.

En relación a esta afirmación, Velásquez Vela sostiene que:

Sobre el camino indemnizatorio, se puede invocar como fundamento que la Entidad es la responsable por los errores del proyecto, y en algunos casos el incumplimiento de la entidad de sus deberes de dirección y supervisión de la obra. En el caso del enriquecimiento sin causa, el sustento podría ser la ruptura del equilibrio económico

financiero del contrato administrativo, y la falta de justificación entre el mayor valor de la obra recibida por las entidades y lo realmente pagado por ellas (2011:34)

En tal sentido, fue correcta la decisión de laudo del Proceso Arbitral N° 02 al declarar IMPROCEDENTE las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa, toda vez que éstas no se sustentaron en la ruptura del equilibrio económico, sino en un incumplimiento contractual, cuyo remedio concreto es la indemnización por daños y perjuicios.

La posibilidad de plantear esta pretensión como enriquecimiento sin causa es compartida por **Arrarte Arisnabarreta y Paniagua Guevara cuando señalan que “en los casos de los adicionales ejecutados con la aprobación de la Entidad mas no de la Contraloría -e incluso en aquellos casos de adicionales ejecutados sin autorización previa de la Entidad- se configuraría una pretensión por enriquecimiento sin causa que sí constituye materia arbitrable” (2007:199).**

En conclusión, a nuestro juicio, al estar frente a un presupuesto adicional, si se hubiese planteado nuevamente como pretensión principal la indemnización por enriquecimiento sin causa acreditando ya no un incumplimiento sino la ruptura del equilibrio económico y la subsecuente mayor onerosidad de la prestación, esta pretensión hubiera sido igualmente amparable. Mas aun si se constata que, como lo reconocen los Tribunales del Proceso Arbitral N° 02 y N° 03, **PROVIAS NACIONAL** no desvirtuó en ningún momento la ejecución de las obras ni mucho menos la recepción de las mismas a su entera conformidad.

5.5. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

En este último apartado revisaremos brevemente la naturaleza del recurso de anulación de laudo y sus causales de procedencia, en particular aquellas alegadas por PROVIAS NACIONAL para cuestionar el laudo emitido en el Proceso Arbitral N° 03. A partir de esas reflexiones, nos pronunciaremos respecto a la procedencia de dicho recurso en el caso en concreto.

5.5.1. LA NATURALEZA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

El recurso de anulación de laudo se encuentra regulado en el artículo 62° de la Ley de Arbitraje, cuyos preceptos se encuentran vigentes desde el 2008. Así, se configura como el único recurso que puede interponerse contra un laudo, siendo el objeto de cuestionamiento algunas de las causales expresamente establecidas en el artículo 63° de la referida norma.

No supone, en ningún caso, la revisión sobre las cuestiones de fondo discutidas en el proceso arbitral. En palabras de Ledesma Narváez:

[...] a través del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, ya que no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir -exclusiva de los árbitros-. Esto se debe a que las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de una intervención que solo aparece justificada para garantizar el

cumplimiento de unas garantías mínimas, precisamente, las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse (2009:150)

De esa manera, la imposibilidad de ventilar las cuestiones de fondo está fundamentada en el principio de autonomía de las partes que rige la materia arbitral. Por lo tanto, no podrán cuestionarse las razones expuestas por el Tribunal ni su decisión. No constituye pues una segunda instancia.

Ahora bien, de acuerdo al numeral 4) del artículo 8º de la Ley de Arbitraje, es competente para conocer el recurso de anulación de laudo la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en defecto de esta, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

5.5.2. LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

El artículo 63º de la Ley de Arbitraje regula diversos supuestos de procedencia del recurso de anulación de laudo. Sin embargo, a efectos del presente análisis, nos referiremos exclusivamente a los supuestos regulados en los literales d) y e) de dicha norma.

Por un lado, el literal d) del referido dispositivo establece que:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

Este artículo tiene una doble dimensión pues implica que se revisen las materias incluidas dentro del convenio arbitral, así como que se resuelva dentro de los límites que imponen las pretensiones planteadas por las partes. Al respecto, se explica que:

En otras palabras, los jueces controlarán, si en ejecución del convenio arbitral (1) se decidió sobre una materia que las partes pactaron estaba incluida en el convenio; y (2) se decidió sobre una materia que fue incorporada a los asuntos a ser decididos siguiendo las reglas pactadas (Bullard González 2012:29).

Por su parte, el literal e) del artículo 63º de la Ley de Arbitraje señala que:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

La precitada norma alude a la indisponibilidad de determinadas materias por disposición expresa de la ley. Tal y como explica Bullard González, “el supuesto de este literal tiene que ver con la celebración de un convenio arbitral o la ejecución del mismo, en contra de una norma imperativa que limita o prohíbe la arbitrabilidad de la controversia” (2012:29)

Un ejemplo claro de ello es la inaplicabilidad del arbitraje sobre las decisiones de la Contraloría General de la República en materia de aprobación de presupuestos adicionales de obra. Al tratarse de una facultad derivada del *ius imperium* del Estado, el legislador optó por no someterla al arbitraje.

5.5.3. NUESTRA POSICIÓN

La Entidad cuestionó el laudo derivado del Proceso Arbitral N° 03 sobre la base de dos argumentos centrales. El primer cuestionamiento se fundamentó en que el laudo se habría pronunciado sobre aspectos que habían adquirido la calidad de cosa juzgada en el Proceso Arbitral N° 02. El segundo cuestionamiento, por otro lado, aludió a que el laudo se habría pronunciado sobre una materia no disponible como lo es la decisión que Contraloría General de la República en materia de aprobación de adicionales de obra.

Respecto al primer punto, tal y como mencionamos en el apartado 5.2 precedente, no se produjo cosa juzgada respecto a la decisión del Tribunal Arbitral del Proceso Arbitral N° 02 por cuanto no existió un pronunciamiento de fondo.

Se debe recordar que dicho Tribunal declaró la IMPROCEDENCIA de la segunda y cuarta pretensiones principales por considerar que existían vías alternas al enriquecimiento sin causa como la indemnización por daños y perjuicios y la aplicación del procedimiento de aprobación de adicionales de obra. Pero ello, como el propio Tribunal expresó, no significó un pronunciamiento sobre el mérito de tales pretensiones.

Por lo tanto, coincidimos con la Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de Lima al desestimar el recurso de anulación en este extremo, en tanto el laudo del Proceso Arbitral N° 02 dejó a salvo el derecho de **EL CONSORCIO**, teniendo este último expedito su derecho de plantear sus pretensiones en un nuevo proceso arbitral.

En relación al cuestionamiento referido al supuesto pronunciamiento sobre la decisión de la Contraloría General de la República en el Presupuesto Adicional N° 06, nos remitiremos a lo ya expuesto en cuanto a que es incorrecto afirmar que la segunda pretensión principal del Contratista involucra una revisión de la decisión de la Contraloría.

A nuestro juicio, dicha pretensión, como bien expresa también la Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de Lima, estaba estrictamente relacionada a una pretensión indemnizatoria derivada de un incumplimiento contractual que no puede confundirse con la prerrogativa que tiene la Contraloría para aprobar adicionales de obra. Por ello, nos encontramos de acuerdo con la decisión de dicho órgano al desestimar este extremo.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos anotar que gran parte de la fundamentación de **PROVÍAS NACIONAL** estaba destinada a cuestionar el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral en mayoría lo que se encontraba proscrito por parte del ordenamiento. Así, el numeral 2) del artículo 62° de la Ley de Arbitraje consagraba que:

Artículo 62.- Recurso de Anulación

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Por ende, si al hecho de que las causales sobre las cuales la Entidad pretendió sustentar el recurso de anulación carecían de un sustento adecuado se agrega la existencia de fundamentos que pretendían cuestionar las motivaciones y criterios adoptados por el Tribunal Arbitral en mayoría resulta claro que el recurso debía ser desestimado.

Por las razones expuestas, consideramos que la decisión de declarar INFUNDADO el Recurso de Anulación de Laudo interpuesto por **PROVÍAS NACIONAL** ante la Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de Lima fue adecuada no sólo porque los fundamentos expuestos por la Entidad carecían de sustento sino porque estos pretendían cuestionar de manera indirecta el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral en mayoría.

VI. CONCLUSIONES

Luego de nuestras aproximaciones, hemos llegado a las siguientes conclusiones.

1. En primer lugar, de acuerdo a la legislación aplicable, las materias arbitrales estaban definidas por un criterio amplio, es decir, resultaba arbitrable todo aquello que la norma o, de ser el caso, el convenio arbitral no excluía expresamente. En el presente caso, ni el convenio arbitral ni la legislación excluían el enriquecimiento sin causa por lo que resultaba posible que esta materia sea susceptible de arbitraje. Por esa razón, consideramos que no era atendible el argumento respecto a la naturaleza contractual o extracontractual del enriquecimiento sin causa. Bastaba con que esta materia no haya sido excluida para que sea susceptible de arbitraje.
2. Respecto a la arbitrabilidad de las decisiones emitidas por la Contraloría General de la República en relación a la aprobación previa de presupuestos adicionales mayores al 15% del monto del contrato, la legislación aplicable estableció que esta materia resultaba no arbitrable, en atención a la salvaguarda del presupuesto público.

Sin embargo, a nuestro juicio, dicha atribución se limita exclusivamente a la aprobación de los referidos presupuestos adicionales mas no a aquellas pretensiones indemnizatorias que se deriven de un incumplimiento contractual, respecto de lo cual la Contraloría no tenía atribución

alguna. Dicho esto, en el caso propuesto se planteó una pretensión indemnizatoria derivada del incumplimiento atribuido a la Entidad y no sobre un cuestionamiento a la decisión de la Contraloría en sí misma por lo que, desde nuestra perspectiva, no se contravino el carácter no arbitrable de dichas decisiones.

3. Por otra parte, hemos llegado a la conclusión de que la cosa juzgada se produce sobre aquellos aspectos de la decisión que implican un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y no así sobre aquellas decisiones que meramente formales, pues no dan mérito a las pretensiones planteadas. En el caso bajo análisis, el Tribunal del Proceso Arbitral N° 02 declaró improcedentes las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa al considerar que existían vías alternativas para reclamar la indemnización por incumplimiento contractual. Por tal razón, dichos extremos del laudo no adquirieron la calidad de cosa juzgada.
4. En relación a los hechos sobre los cuales se sustentan las pretensiones indemnizatorias debemos señalar que los trabajos ejecutados como parte de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial obedecían a mayores metrados, es decir, trabajos previstos en los documentos contractuales, pero en una menor cantidad a la prevista.

En ese orden de ideas, estos trabajos no se configuraban como obras adicionales pues estas se caracterizan por no estar previstas en los documentos contractuales. No solo ello sino que la Partida 103 implicaba la ejecución de trabajos de naturaleza permanente pues debían ejecutarse durante toda la obra hasta su recepción. En consecuencia, esta partida no podía someterse al procedimiento de aprobación de presupuestos adicionales.

Adicionalmente, en nuestra opinión, la Entidad incumplió sus obligaciones frente al Contratista al no entregar adecuadamente el terreno, pues no realizó las coordinaciones necesarias para garantizar la entrega del terreno en las condiciones previstas. Asimismo, no proporcionó un expediente técnico adecuado, obligación que no se agota en un solo acto, sino que exige también el correcto trámite de las variaciones surgidas y, por ende, se relaciona con el deber de control y dirección de la obra.

5. En cuanto a los mayores metrados ejecutados derivados del Presupuesto Adicional N° 06 debemos destacar que este presupuesto estuvo compuesto en su mayor parte por partidas ya previstas en los documentos contractuales por lo que constituían propiamente mayores metrados que no estaban sujetos al procedimiento de aprobación de presupuestos adicionales.

Sin perjuicio de ello, consideramos que la Entidad incumplió sus obligaciones sobre este extremo al no tramitar adecuadamente el presupuesto frente a la Contraloría General, lo que derivó en un presupuesto adicional deficiente y que no incluía actividades que resultaban necesarias para alcanzar el objeto del contrato.

6. El incumplimiento producido tanto en la Partida 103 como en el Presupuesto Adicional N° 06 produjo que el Contratista soporte mayores costos no previstos originalmente en el contrato de obra, razón por la cual resultaba amparable la pretensión indemnizatoria planteada.

7. Finalmente, hemos llegado a la conclusión de que el recurso de anulación de laudo interpuesto por la Entidad contra el laudo del Proceso Arbitral N° 03 carecía de sustento pues las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa eran pasibles de ser sometidas a arbitraje. Asimismo, las pretensiones cuestionadas no habían adquirido la calidad de cosa juzgada y tampoco suponían un pronunciamiento sobre las decisiones de la Contraloría General de la República. En suma, correspondía desestimar dicho recurso.



VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

LIBROS

- CARNELUTTI, Francesco
1964 *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Buenos Aires: UTEHA.
- COUTURE, Eduardo
1979 *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- CASTILLO FREYRE, Mario y otros
2014 *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Edición. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- HINESTROSA, Fernando
2015 *Tratado de Obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: negocio jurídico*. Vol. I, Bogotá: D.C. Universidad Externado de Colombia
- JURISTO SÁNCHEZ, Rafael
1997 *El Contrato de Obra Pública*. Madrid: Raíz TG S.L.
- MOLINA ZALDÍVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor
2016 *Derecho de la Construcción*. Primera Edición. Santiago: s/e.
- OSTERLING PARODI, Felipe
2007 *Las Obligaciones*. Octava Edición. Lima: Editorial Grigley.
- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario
2008 *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Octava Edición. Lima: Palestra.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar
2005 *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral: Ley N° 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Navara: Thomson Reuters Arazandi.

ARTÍCULOS

- ABAD YUPANQUI, Samuel
1985 "La acción de amparo contra sentencias. ¿Una excepción constitucional al Principio de Cosa Juzgada? Primera Parte". *Themis*. Lima, segunda época, número 02, pp. 28-41.
- APOLÍN MEZA, Dante
2005 "Apuntes iniciales en torno a la Acumulación de Pretensiones". *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, número 25, pp. 20-36.
- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos
2007 "Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra". *Advocatus*. Lima, 2007, número 16, pp. 181-199.

- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo
2012 “El Dilema del Huevo y la Gallina: El carácter contractual del Recurso de Anulación”. *Derecho & Sociedad*. Lima, 2012, número 38, pp. 17-31.
- CASSINA RIVAS, Emilio
2008 “Obras Adicionales y Mayores Metrados”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, Magna Ediciones, 2008, número 06, pp. 111-124.
- CAMPOS MEDINA, Alex
2006 “La arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa. A propósito de los Contratos Administrativos”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, número 03, pp. 307-328.
- CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina
2009 “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”. *Jus Doctrina & Práctica*. Lima, Grigley, 2009, número 02, pp. 1-26.
https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/129_Enriquecimiento_sin_causa.pdf
- CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita
2011 “El arbitraje y los adicionales de obra”. *Derecho PUCP*. Lima, 2011, número 66, pp. 319-333.
- CASTILLO FREYRE, Mario, VASQUEZ KUNZE, Ricardo y SABROSO MINAYA, Rita
2008 “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?”. *Gaceta Jurídica*. Lima, 2008, número 177, pp. 1-12.
https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119_Nueva_Ley_de_arbitraje_cuales_son_las_materias_arbitrales.pdf
- CELY LEÓN, Jorge
2017 “Análisis económico del enriquecimiento sin causa: un acercamiento al Derecho Civil y al Derecho Administrativo”. *Revista Con-Texto*. Lima, 2017, número 48, pp. 83-101.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy
2016 “El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones”. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 23-58.
https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9_03.pdf
- LINARES JARA, Mario
2006 “El contrato administrativo en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, número 01, pp. 285-308.
- 2009 “Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa”. *Revista de*

Derecho Administrativo - Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2009, número 07, pp. 175-190.

MONTERO AROCA, Juan

1996 “Cosa Juzgada, jurisdicción y tutela judicial”. *Derecho Privado y Constitución*. Lima, 1996, número 08, pp. 251-295.

NIEVA FENOLL, Jordi

s/f “La cosa juzgada: el fin de un mito”. Consulta: 08 de noviembre de 2019.
https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9_06.pdf

OSTERLING PARODI, Felipe

s/f “La indemnización de daños y perjuicios”. Consulta: 25 de noviembre de 2019.
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20daños.pdf>

VELÁSQUEZ VELA, Víctor

2011 “Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública”. *Derecho Privado y Constitución*. Lima, 2011, número 36, pp. 30-34.

ZUSMAN TINMAN, Soschana

2005 “La buena fe contractual”. *Themis*. Lima, 2005, número 51, pp. 19-30.

OPINIONES Y JURISPRUDENCIA

CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

2005 Opinión N° 099-2005/GTN. Fecha: 13 de septiembre de 2005.

CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

2006 Opinión N° 005-2006/GTN. Fecha: 20 de enero de 2006.

CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

2006 Opinión N° 043-2006/GNP. Fecha: 17 de mayo de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006 Expediente N° 08376-2006-PA/TC. Sentencia: 28 de noviembre de 2007
Consulta: 10 de diciembre de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08376-2006-AA.pdf>

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA

N° 177 -2004-MTC/20

Consta por el presente documento, el Contrato de Ejecución de Obra que celebran, de una parte, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - **PROVIAS NACIONAL** del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, representado por su Director Ejecutivo, Ing. ALFREDO S. RODRIGUEZ LEON con D.N.I. N° 08787477, designado con R.M. N° 475-2003-MTC/02 del 24.06.03, con domicilio legal en Av. Bolivia N° 120, 2° Piso, Torre del Centro Cívico Comercial de Lima, Lima 1 - Perú a quien en adelante se denominará **PROVIAS NACIONAL** y, de la otra parte el **CONSORCIO NESHUYA** (ANDRADE GUTIERREZ-TRANSLEI-CASA), identificado con R.U.C. N° 20509495247, con domicilio legal en Prolongación Arenales N° 373, San Isidro, Lima - Perú, debidamente representada por el Sr. Victor Ricardo de la Flor Chavez, identificado con D.N.I. N° 08255044, según Testimonio de Contrato de Consorcio que se adjunta como el Anexo N° 1, a quien en adelante se le denominará **EL CONTRATISTA** y que suscriben bajo los términos y condiciones siguientes:

PRIMERA: ANTECEDENTES

- 1.1 **PROVIAS NACIONAL** ha previsto la ejecución de la Obra de Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector Aguaytía - Pucallpa, Tramo III: Neshuya - Pucallpa, con financiamiento del Tesoro Público y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través del Préstamo MTC-BID N° 1150/OC-PE, la misma que será denominada **LA OBRA**.
- 1.2 Al efecto y en virtud a las disposiciones legales pertinentes, **PROVIAS NACIONAL** convocó a la Licitación Pública Internacional LPIO 0008-2003-MTC/20, para seleccionar a la firma contratista que se encargue de la ejecución de **LA OBRA**, conforme a la documentación del Expediente Técnico aprobado por Resolución Directoral N° 487-2003-MTC/20 del 15.09.2004 y bajo el Sistema de Precios Unitarios.
- 1.3 Como resultado de la Licitación Pública convocada, **PROVIAS NACIONAL** mediante Acta de Comité Especial del 27 de Agosto de 2004 y ratificado mediante Oficio Circular N° 004-2004-MTC/20/LPIO N° 0008-2003 de fecha 05.11.04 (Anexo N° 2), otorgó la Buena Pro de **LA OBRA** a **EL CONTRATISTA** por el monto total de su propuesta económica ascendente a la suma de US\$ 27 103 742,12 (Veintisiete Millones Ciento Tres Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 12/100 Dólares Americanos) a precios al 30.10.2003, conforme a lo establecido en las Bases de Licitación, monto que incluye el Impuesto General a las Ventas.

SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

Por el presente Contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a realizar para **PROVIAS NACIONAL** los trabajos de la Obra de Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector Aguaytía - Pucallpa, Tramo III: Neshuya - Pucallpa, en estricta y absoluta sujeción a este Contrato, y de acuerdo a los documentos de Licitación, Especificaciones y el Expediente Técnico, los que se incorporan como parte integrante de este Contrato (Anexo N°3).

TERCERA: PLAZO

- 1 El plazo contractual comenzará según lo dispuesto en el Pliego de Consultas a las Bases de Licitación y lo especificado en el Numeral 21.0 de la Sección V, Condiciones Especiales del Contrato.
- 2 El plazo de ejecución de **LA OBRA** es de 540 días naturales, contados a partir de la fecha de inicio de **LA OBRA** fijada en la Subcláusula 3.1 del presente Contrato.
- 3 La ejecución del presente Contrato está sujeta a la disponibilidad presupuestal y financiera del Pliego en el marco de los Calendarios de Compromisos, las Asignaciones Trimestrales de Gastos y las Leyes Anuales de Presupuesto correspondiente para el año 2004, estipulación acorde a lo

5

dispuesto en el literal f) del numeral 4 del Artículo 16º de la Ley N° 28128, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004.

3.4 EL CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo mediante comunicación escrita debidamente fundamentada, de acuerdo al procedimiento legal establecido en el Artículo 42º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y Artículo 155º de su Reglamento, ambos aprobados por Ds. Ss. Nos. 012 y 013-2001-PCM, respectivamente.

CUARTA: ASPECTOS ECONÓMICOS

4.1 El monto del Contrato asciende a la suma de US\$ 27 103 742,12 (Veintisiete Millones Ciento Tres Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 12/100 Dólares Americanos), incluido el IGV; de acuerdo con los términos de la Propuesta Económica de EL CONTRATISTA, que constituye el Anexo N° 13 del Contrato.



4.2 Sólo se procederá a la ejecución de Obras Adicionales cuando se cuente previamente con la disponibilidad presupuestal, con resolución del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de PROVIAS NACIONAL y en los casos en que su valor, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, no superen el diez por ciento (10%) del monto del Contrato Principal Reajustado, según lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 28128, del Presupuesto del Sector Público por el Año Fiscal 2004.



4.3 Del Adelanto Directo o anticipo:

PROVIAS NACIONAL entregará a EL CONTRATISTA, previa solicitud, justificación y respaldo correspondiente y en calidad de anticipo, un monto equivalente hasta el 20% del monto del Contrato Principal contra entrega de la Carta Fianza Bancaria respectiva. El monto de este adelanto será amortizado proporcionalmente, en función del monto valorizado y se aplicará en cada una de las valorizaciones mensuales hasta su total cancelación, debiendo estar totalmente amortizado en la última valorización.



4.4 Del Adelanto Específico para Materiales:

PROVIAS NACIONAL podrá entregar al EL CONTRATISTA, previa solicitud, justificación y respaldo correspondiente, montos para Adelantos Específicos para materiales según Calendario de Adquisiciones, los cuales en su conjunto no superarán el cuarenta por ciento (40%) del monto del Contrato.



4.5 Garantías de Adelantos

La Garantía del Adelanto en Efectivo o Anticipo será en forma de carta fianza, bancaria, solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática y sin beneficio de excusión, emitida por entidad bancaria nacional o extranjera, facultada para operar en el país por la Superintendencia de Banca y Seguros según la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, o de un Banco extranjero perteneciente a un país miembro del BID, a través de un Banco corresponsal en Lima, válida por el tiempo de ejecución de las obras y hasta su total amortización, a la orden de PROVIAS NACIONAL y por el monto de dicho adelanto, incluyendo el correspondiente Impuesto General a las Ventas.



La carta fianza del Adelanto se mantendrá vigente por el equivalente al saldo no amortizado del Adelanto. Podrá ser sustituida trimestralmente por otra carta fianza con el mismo plazo y condiciones, por el equivalente al saldo no amortizado del Adelanto.



La citada garantía es equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del monto del Contrato Principal y está consignada a favor de PROVIAS NACIONAL.



Los montos otorgados para Adelantos Específicos de materiales estarán respaldados por cartas fianzas bancarias, solidarias, incondicionales, irrevocables, de realización automática y sin beneficio de excusión, emitidas por entidad bancaria nacional o extranjera, facultada para operar en el país

6

por la Superintendencia de Banca y Seguros según la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros o de un Banco extranjero perteneciente a un país miembro del BID, a través de un Banco corresponsal en Lima, vigente por noventa (90) días naturales desde la fecha de entrega del Adelanto y renovables trimestralmente por los saldos, hasta la amortización total del mismo, a la orden de **PROVIAS NACIONAL** y por el monto de dicho Adelanto, incluyendo el IGV que corresponda. La amortización del adelanto para materiales e insumos, se efectuará mensualmente en la valorización correspondiente, en un monto equivalente al material utilizado, excepto en el caso de obras atrasadas en el que las amortizaciones se realizarán en función al Calendario de Avance de Obra (CAO) vigente.

QUINTA: PÓLIZA DE SEGUROS

EL CONTRATISTA presenta las Pólizas de Seguros en cumplimiento de la cláusula 18 de las Condiciones Especiales del Contrato, que constituyen el Anexo N° 5 del presente Contrato.



SEXTA: GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

El cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales estará asegurado por:

6.1 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato

EL CONTRATISTA, de conformidad con la Subcláusula 6.1 de las Condiciones Especiales del Contrato "CEC" de las Bases de Licitación, ha entregado las Cartas Fianzas Bancaria N°D193-509121 y D193-509139 del Banco de Crédito, válida hasta el 18.05.06 respectivamente, y carta Fianza Bancaria N°0011-0377-9800019336-91 del Banco Continental, válida hasta el 24.05.06, que dan un monto de US\$ 2 710 374,21 (Dos Millones Setecientos Diez Mil Trescientos Setenta y Cuatro y 21/100 Dólares Americanos).

Las citadas garantías son equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del Contrato, incluido el IGV, y está consignada a favor de **PROVIAS NACIONAL**.

6.2 Las garantías indicadas en la Subcláusula 6.1 del presente Contrato, podrá ser ejecutada conforme a lo establecido en el Artículo 124 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.



SEPTIMA: GARANTÍA DE BUENA EJECUCIÓN

7.1 **PROVIAS NACIONAL** retendrá el cinco por ciento (5%) de las valorizaciones por los trabajos realizados, sin considerar el monto correspondiente al IGV, a fin de constituir un Fondo de Garantía de Buena Ejecución de la Obra, durante el proceso de construcción.

7.2 Los montos retenidos serán depositados en una cuenta en el Banco que determine **EL CONTRATISTA**.

7.3 Cuando **LA OBRA** no se encuentra atrasada y alcanza un avance del setenta y cinco por ciento (75%), **EL CONTRATISTA** podrá sustituir hasta el 50% de la Garantía de Buena Ejecución por una Fianza Bancaria, solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, y de realización automática, otorgada por entidad bancaria nacional o extranjera de un país miembro del BID, facultada para operar en el país por la Superintendencia de Banca y Seguros según la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, o de un Banco extranjero a través de su Banco corresponsal en Lima, a favor de **PROVIAS NACIONAL** y que deberá tener vigencia hasta la Recepción de la Obra.

7.4 Queda establecido que el periodo de garantía para las Obras es de siete (7) años siguientes a su Recepción. Si, la Obra se destruye total o parcialmente, antes de este periodo de garantía, por razones imputables al Contratista o defectos constructivos, **EL CONTRATISTA** será responsable y en ese caso **PROVIAS NACIONAL** podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiera lugar. **EL CONTRATISTA** no podrá alegar a su favor que **PROVIAS NACIONAL** aceptó la Obra o devolvió las garantías.



Handwritten signature or mark.

OCTAVA: SUPERVISION DE LA OBRA

- 8.1 LA OBRA estará sometida durante su ejecución a la permanente supervisión de PROVIAS NACIONAL, que para estos efectos designará a EL SUPERVISOR, quien por delegación dirigirá la inspección general de LA OBRA con autoridad suficiente para suspender y rechazar los trabajos que a su juicio no satisfagan las Especificaciones Técnicas, y quien absolverá las interconsultas que le plantee EL CONTRATISTA. Igualmente, la Obra estará sometida a la inspección de PROVIAS NACIONAL y del BID.
- 8.2 EL CONTRATISTA, no podrá ser exonerado por EL SUPERVISOR de ninguna de sus obligaciones contractuales, y no ordenará ningún trabajo adicional que de alguna manera involucre ampliación de plazo o cualquier pago extra, a no ser que medie autorización escrita y previa de PROVIAS NACIONAL.
- 8.3 Si se presentaran situaciones excepcionales que en opinión de EL SUPERVISOR comprometan la seguridad de la vida de personas, o de la seguridad de LA OBRA, o de propiedad de terceros, EL CONTRATISTA, por excepción acatará de inmediato y sin apelación disposiciones que EL SUPERVISOR dicte tendientes a mitigar o superar esa contingencia.
- 8.4 EL CONTRATISTA por orden de PROVIAS NACIONAL, separará de la Obra, a cualquier elemento que se haya comprobado que cause desorden o fomente indisciplina en LA OBRA, previo informe de solicitud del SUPERVISOR.
- 8.5 LA OBRA también será inspeccionada por Funcionarios de PROVIAS NACIONAL, y del BID cuando lo estimen pertinente.
- 8.6 EL CONTRATISTA deberá prestar todas las facilidades a los funcionarios de PROVIAS NACIONAL y del BID, para la revisión del Cuaderno de Obra y debe proporcionar toda la información que le sea requerida.

NOVENA: VALORIZACIONES

- 9.1 Las Valorizaciones de Obra serán mensuales, tendrán el carácter de pagos a cuenta, y serán elaboradas con los precios unitarios del Presupuesto Ofertado.
- 9.2 El Reajuste de precios será aplicable solamente a las valorizaciones de avance de obra en moneda nacional y se efectuará según el sistema de Fórmulas Polinómicas al mes en que debe de pagarse la valorización respectiva y se aplicará de conformidad con el numeral 2 del Art. 44 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM.
- 9.3 Las cantidades realmente ejecutadas serán determinadas conjuntamente por EL SUPERVISOR y EL CONTRATISTA y con esas cantidades EL SUPERVISOR formulará la Valorización correspondiente, la fecha máxima de presentación a PROVIAS NACIONAL de la Valorización aprobada por la Supervisión y el Contratista será el día que determina el Art. 153 del Reglamento del Texto Unico Ordenado la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM.
- 9.4 Las valorizaciones deberán ser presentadas debidamente sustentadas con los siguientes documentos: Planilla de Metrados realmente ejecutados, Ensayos de Laboratorio, Pruebas de Rotura de Concreto, Copia del Cuaderno de Obra, todos los documentos deben tener la firma de EL SUPERVISOR Externo y Residente de la Obra.
- 9.5 Si EL SUPERVISOR no se presenta para la valorización conjunta con EL CONTRATISTA, éste la efectuará. EL SUPERVISOR deberá revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

DECIMA: CUADERNO DE OBRA

- 10.1 El Cuaderno de Obra será abierto en la fecha de entrega del terreno, debe contener una hoja original y tres copias, numerado o foliado en todas sus páginas, legalizado por Notario Público o Juez de Paz y suscrito en todas sus páginas por el Jefe de Supervisión y el Residente. Estos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el mismo.

[Handwritten signature]

10.2 El Cuaderno de Obra es el medio ordinario de comunicación entre EL CONTRATISTA y EL SUPERVISOR. El original de dicho Cuaderno debe permanecer en obra, bajo custodia del Residente y en condiciones de ser exhibido en cualquier momento ante los funcionarios de PROVIAS NACIONAL y el BID.

DECIMA PRIMERA: RESIDENCIA DE OBRA.

11.1 EL CONTRATISTA tendrá como representante en la Obra, a Un Ingeniero Civil colegiado y habilitado, quien desempeñará las funciones de Residente de la Obra, El Ingeniero Residente deberá dar estricto cumplimiento al Expediente Técnico y demás documentos contractuales durante la ejecución y liquidación de las obras, tomando oportunamente la decisión pertinente de acuerdo a las Directivas de PROVIAS NACIONAL.

11.2 Asimismo proveerá Ingenieros asistentes, colegiados y habilitados, y Técnicos en número y calificación satisfactorios a juicio de EL SUPERVISOR.

11.3 Todas las instrucciones dadas al Ingeniero Residente se consideran dadas a EL CONTRATISTA.

11.4 El Residente representa a EL CONTRATISTA para los efectos ordinarios de la Obra, no estando facultado para pactar modificaciones al Contrato.

11.5 En caso que por caso fortuito o fuerza mayor el Residente deba ser cambiado, su reemplazante será un profesional de igual o mejor calidad, condiciones técnicas del original y previa aprobación de PROVIAS NACIONAL.



DECIMA SEGUNDA: SANCIÓN POR ATRASO

Considerando que PROVIAS NACIONAL debe sostener los servicios de EL SUPERVISOR por el tiempo que demande la ejecución de LA OBRA con su consiguiente repercusión económica, si EL CONTRATISTA, injustificadamente no terminara las obras contratadas dentro del plazo previsto, se obliga a pagar a PROVIAS NACIONAL una cifra equivalente al monto total de los servicios antes indicados. El monto se deducirá de las Valorizaciones mensuales y de ser necesario de la Liquidación Final.



DECIMA TERCERA: PENALIDADES

13.1 EL CONTRATISTA está obligado a cumplir los plazos fijados en sus obligaciones contractuales, haciéndose acreedor por su incumplimiento a las sanciones establecidas en el presente Contrato.

13.2 En caso de retraso injustificado en el inicio de la obra, a EL CONTRATISTA se aplicará una multa equivalente al tres por diez mil (3/10000) del monto del Contrato por cada día de atraso, a partir de los quince días naturales posteriores a la fecha de entrega del terreno, cantidad que se le descontará de la valorización correspondiente.



13.3 En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato PROVIAS NACIONAL le aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, del monto contractual. Esta penalidad será deducida en la liquidación final; o si fuese necesario, se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de Fiel Cumplimiento; en todos los casos, la penalidad se aplicará y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:



$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0,05 \times \text{Monto del Contrato}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde: F= 0.15 para obras con plazos mayores a 60 días calendarios

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el Contrato por incumplimiento.

Si El CONTRATISTA demostrara deficiencia, negligencia o insuficiencia en el control de las actividades de la construcción, PROVIAS NACIONAL solicitará el cambio de la persona o personas responsables de ello.

Si se repitiera por segunda vez esta situación, PROVIAS NACIONAL podrá resolver unilateral y administrativamente este Contrato.

13.4 El monto máximo por concepto de la totalidad de multas, será igual al 5% del monto del Contrato.

DECIMA CUARTA: RECEPCION DE LA OBRA

14.1 EL CONTRATISTA, cuando LA OBRA esté con un avance del 95 %, solicitará en el Cuaderno de Obra la designación de la Comisión de Recepción.

14.2 EL CONTRATISTA, a través del Residente solicitará en el Cuaderno de Obra la Recepción de la misma, indicando la fecha de terminación, para lo cual EL SUPERVISOR, verificará la culminación de las obras y de encontrarias conforme extenderá el Certificado de Terminación de Obra, teniendo un plazo no mayor de cinco (5) días naturales para comunicar este hecho a PROVIAS NACIONAL.



14.3 La Comisión de Recepción de la Obra, en un plazo máximo de quince (15) días naturales de recibida la comunicación del Supervisor en donde dé cuenta, que la obra se encuentra terminada; procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, culminada la verificación, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, EL CONTRATISTA o Residente, EL SUPERVISOR.



14.4 De existir observaciones por parte de la Comisión, éstas se consignarán en el Acta y no se recibirá la Obra. EL CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución del Contrato para subsanarlas, el cual se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, PROVIAS NACIONAL comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la Obra, ejecutándola con un tercero, con cargo a los saldos pendientes de pago o en su defecto con cargo a la ejecución de la Carta fianza de Fiel cumplimiento.



14.5 Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda el plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las sanciones que correspondan o podrá dar lugar a que la entidad resuelva el Contrato por incumplimiento.



DECIMA QUINTA: LIQUIDACION DEL CONTRATO

EL CONTRATISTA presentará a EL SUPERVISOR la Liquidación Final de la Obra, debidamente sustentada con la documentación descrita en la Directiva de Supervisión y los cálculos detallados, dentro del plazo de 30 días naturales, contados a partir del día siguiente de la recepción de la obra. Practicada la Liquidación y esta al ser aprobada por la Entidad mediante Resolución Directoral y al no ser observada en el plazo de 15 días calendario, esta queda consentida, no habiendo lugar a impugnación ni sometimiento a arbitraje sobre cualquier controversia.



DECIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

16.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley.



16.2 Si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho, a fin que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. La solicitud de arbitraje y la contestación de ésta, se efectuará conforme a lo dispuesto por los Artículos 191° y 192° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. 013-2001-PCM, con excepción del plazo ahí establecido.



[Handwritten signature]

16.3 El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (3) árbitros. Cada una de las partes designará un árbitro y ambos árbitros designan a su vez al tercero. Este último presidirá el Tribunal Arbitral. Para ambos efectos el plazo de designación será de siete (7) días hábiles, contados a partir de la notificación con la solicitud de arbitraje o efectuada la designación de los árbitros por ambas partes, según corresponda.

16.4 Vencido el plazo referido en el numeral anterior y ante la rebeldía de las partes en cumplir con la designación o a falta de acuerdo entre los árbitros para la designación del tercero, la designación será realizada por el CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO - CONSUCODE-. La decisión que emita el indicado Consejo es inimpugnable.

16.5 En el plazo establecido en el numeral 16.3, los árbitros de común acuerdo establecerán las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje, pudiendo elegir las que correspondan a un Centro Arbitral, estableciendo las modificaciones que estimen pertinentes. A falta de acuerdo, se aplicará el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-CONSUCODE), aprobado por Resolución N° 242-2002-CONSUCODE/RE de 3 de octubre de 2002.

16.6 El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa.

16.7 Las partes acuerdan que no es obligatorio adjuntar recibo de pago o comprobante de depósito de cualquier Entidad Bancaria, o Fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, para efectos de interponer recurso de anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial.



DÉCIMA SEPTIMA: RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO

17.1 PROVÍAS NACIONAL podrá resolver administrativamente el Contrato en los casos que EL CONTRATISTA:

- a) Incumpla injustificadamente los plazos de iniciación o de ejecución de obra o de cualquier otra estipulación contractual legal y/o reglamentaria sobre la materia.
- b) No cuenta con la capacidad económica o técnica para continuar la prestación a su cargo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- c) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la Obra.
- d) Paralice injustificadamente la obra o reduzca injustificadamente el ritmo de trabajo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

17.2 La Resolución del Contrato será puesta a consideración del BID y, luego de la evaluación correspondiente, se podrá intervenir económicamente la obra o resolverla administrativamente, previa la No Objeción del BID.

17.3 La resolución del Contrato, no impedirá la prosecución de los trabajos por el sistema que PROVÍAS NACIONAL considera más conveniente.

17.4 De llegarse a la resolución del Contrato, la parte del adelanto no amortizado será devuelto en su totalidad, más los intereses a la tasa activa indicados por el Banco Central de Reserva del Perú.

DÉCIMA OCTAVA: RESPONSABILIDADES SOCIO-AMBIENTALES

EL CONTRATISTA, a lo largo de la ejecución y la terminación de las obras y la reparación de posibles defectos de las mismas, deberá tomar todas las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, dentro y fuera de la Zona de obras, para evitar daños a las personas y propiedades públicas o de terceras personas como consecuencia de la contaminación, el ruido u otras causas derivadas de sus métodos de trabajo. Deberá cumplirse todo lo especificado en los Numerales 33.1, 33.2, 33.3, 33.4 y 33.5 de las Condiciones Especiales del Contrato, Sección V de las Bases de Licitación.

DÉCIMO NOVENA: ACATAMIENTO DE LAS LEYES DEL PERÚ

- 19.1 Las Leyes por la que se regirá el Contrato son el Contrato de Préstamo suscrito con el BID y las Leyes Vigentes aplicables en el Perú.
- 19.2 EL CONTRATISTA aceptará todas las leyes del Perú, Decretos, Resoluciones Supremas, Regionales y/o Municipales para todas sus actividades dentro de la República y deberá eximir totalmente a PROVIAS NACIONAL de multas, pérdidas o daños debido a la contravención de ellas, en cuanto las mismas no contravengan lo establecido en el presente Contrato.
- 19.3 Las nuevas disposiciones que originen cambios en las leyes o reglamentos dictados luego de la firma del presente Contrato, y que ocasionen una pérdida manifiesta para EL CONTRATISTA, serán resueltas de acuerdo a la Subcláusula 50.10 de las Condiciones Generales del Contrato de las Bases de Licitación.

VIGESIMA: ORDEN DE PRELACIÓN

- 20.1 El presente Contrato se regirá por las Bases de la Licitación (LPJO 0008-2003-MTC/20), las que EL CONTRATISTA acepta sin reserva. En caso de controversia entre los documentos de Licitación, el orden de prelación de los documentos será el indicado en el Cláusula 36.0 de las Condiciones Especiales del Contrato, Sección V de las Bases de Licitación.
- 20.2 Las disposiciones contenidas en el Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento aprobado por Ds. Ss. Nos. 012.y-013-2001-PCM, respectivamente, y sus modificatorias, se considerarán supletorias en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por las Bases de Licitación.

VIGESIMA PRIMERA: CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

- 21.1 Las partes han convenido en considerar como caso fortuito o fuerza mayor, los fenómenos naturales, terremotos, etc., o actos del hombre que se encuentren fuera del control de las partes contratantes y que no pudieran ser evitadas, tales como guerra, incendios, explosiones, disturbios, actos de sabotaje, etc., que imposibiliten continuar la obra.
- 21.2 Si cualesquiera de las partes contratantes estuvieran temporalmente incapacitadas debido a circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor para cumplir total o parcialmente las obligaciones contraídas, notificará a la otra parte por escrito tal circunstancia, tan pronto como sea posible después de ocurrido el evento, proporcionando todos los detalles del mismo.
- 21.3 Producido el evento determinante del caso fortuito o fuerza mayor, quedarán suspendidas las obligaciones a cargo de la parte afectada sólo por el tiempo que dura la incapacidad causada, debiéndose actuar en lo posible de modo que la causa o los efectos sean solucionados con la mayor celeridad posible.
- 21.4 El mayor costo y los pagos adicionales correspondientes que pudieran resultar de la paralización de la obra, en razón del caso fortuito o fuerza mayor, serán determinados de común acuerdo entre las partes contratantes.
- 21.5 Si la paralización de la obra por caso fortuito o fuerza mayor subsistiere por un período de sesenta (60) días calendario, PROVIAS NACIONAL o EL CONTRATISTA mediante Carta Notarial, podrá resolver el Contrato, salvo que dichas partes decidieran la continuación de LA OBRA reajustando los términos del Contrato de común acuerdo.
- 21.6 En caso de resolución del Contrato, EL CONTRATISTA entregará a PROVIAS NACIONAL, bajo responsabilidad, toda la información relacionada con LA OBRA y a través de EL SUPERVISOR, la Liquidación de Obra, en un plazo de sesenta (60) días Naturales.

Handwritten signature or mark.

VIGESIMA SEGUNDA: DOMICILIO LEGAL

22.2 El presente Contrato está sujeto a las Leyes Peruanas, eximiendo al BID de cualquier participación en la resolución de las controversias que pudieran surgir entre las partes contratantes.

22.3 Para efecto de todas las comunicaciones que deban cursarse las partes, PROVÍAS NACIONAL y EL CONTRATISTA señalan como sus respectivos domicilios los indicados en la Introducción del presente Contrato.

22.4 En caso que alguna de las partes cambiara de domicilio y omitiera aviso de dicho cambio, las comunicaciones cursadas al domicilio señalado en el párrafo precedente se tendrán por bien notificadas.

22.5 EL CONTRATISTA declara expresamente que renuncia a cualquier reclamación de carácter diplomático en relación a este Contrato, que también se extiende a los eventuales subcontratistas extranjeros.

VIGESIMA TERCERA: ESCRITURA PÚBLICA

El presente Contrato podrá ser elevado a Escritura Pública a pedido de cualesquiera de las partes, siendo los gastos correspondientes a cargo de quien lo solicite.

Las partes contratantes declaran estar conformes con los Términos de este Contrato y sus Anexos que detallados a continuación forman parte integrante de este Contrato:

- Anexo N° 1: Testimonio del Consorcio y Poder del Representante Legal.
- Anexo N° 2: Acta de Comité Especial del 27.08.2004, adjudicando la Buena Pro a EL CONTRATISTA.
- Anexo N° 3: Expediente Técnico, Bases y Absolución de Consultas.
- Anexo N° 4: Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.
- Anexo N° 5: Pólizas de Seguro según numeral 18 de las Condiciones Especiales del Contrato de las Bases de Licitación.
- Anexo N° 6: Certificado de capacidad libre de Contratación emitido por CONSUCODE.
- Anexo N° 7: Constancia de No estar Inhabilitado para contratar con el Estado, expedida por el CONSUCODE.
- Anexo N° 8: RUC del Consorcio.
- Anexo N° 9: Calendario de Avance Valorizado de Obra.
- Anexo N° 10: Calendario PERT-CPM y Diagrama de Barras.
- Anexo N° 11: Calendario de Adquisición de Materiales, Calendario de Movilización y Desmovilización de Equipos y Calendario de Utilización de Equipo.
- Anexo N° 12: Calendario de Utilización del Adelanto Directo.
- Anexo N° 13: Propuestas Técnica y Económica de EL CONTRATISTA.

Se suscribe en dos ejemplares, el presente Contrato.

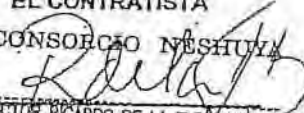
En la ciudad de Lima, el 23 NOV. 2004

PROVÍAS NACIONAL


 Sr. ALFREDO S. RODRIGUEZ LEON
 Director Ejecutivo
 Provías Nacional

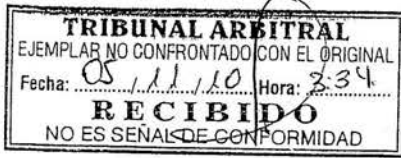
EL CONTRATISTA

CONSORCIO NESHUYA


 Sr. VÍCTOR RICARDO DE LA FLOR CHÁVEZ
 Representante Legal

ANEXO 2 - DEMANDA ARBITRAL

68



Caso arbitral : Consorcio Neshuya -
PROVIAS NACIONAL
Secretario : Dr. Patrick Hurtado
Escrito No. : 02
Sumilla : Demanda arbitral

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

CONSORCIO NESHUYA (CONSTRUTORA ANDRADE GUTIÉRREZ - TRANSLEI - CASA), según consta en el Contrato de Consorcio de fecha 21 de setiembre de 2004, cuya copia legalizada notarialmente se adjunta a la presente demanda como Anexo 2.1, identificado con Registro Único de Contribuyente No. 20509495247, con domicilio real en Francisco Graña No. 155, Urbanización Santa Catalina, Piso 3, distrito de La Victoria, Lima, Perú, señalando domicilio procesal para efectos de la presente demanda en Av. De la Floresta No. 497, Piso 5, distrito de San Borja, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Víctor Ricardo de la Flor Chávez, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 08255044, según se acredita con copia del Testimonio otorgado ante Notario Público de Lima, Dra. Ana María Alzamora Torres y cuya copia se adjunta a la presente demanda como **Anexo 2.3**, atentamente decimos:

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La presente demanda se refiere al Contrato celebrado entre el CONSORCIO NESHUYA y PROVIAS - Contrato de Ejecución de Obra No. 177-2004-MTC/20 que tenía por objeto la realización de los trabajos de "Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector: Aguaytía - Pucallpa, Tramo: Neshuya - Pucallpa".

Como expondremos, durante la ejecución del referido Contrato de Obra, el CONSORCIO NESHUYA ha sufrido daños por el incumplimiento de obligaciones contractuales de PROVIAS, viéndose seriamente perjudicado por eventos que, siendo atribuibles a y/o de riesgo de PROVIAS, tuvieron que ser soportados por el CONSORCION NESHUYA generándosele un perjuicio. De un lado, estos incumplimientos contractuales obligaron al CONSORCIO a asumir mayores costos para mantener el tránsito y la seguridad vial de la carretera donde se desarrollaron los trabajos, costos no previstos en la oferta, pues el terreno no fue entregado al CONSORCIO en las condiciones previstas en el Expediente Técnico. Además el CONSORCIO se vio en la obligación de dar el mantenimiento de tránsito por un tiempo mucho mayor al previsto, pues se extendió el plazo contractual pactado, por causas no imputables al CONSORCIO.

De otro lado, EL CONSORCIO NESHUYA se ha visto perjudicado ante la negativa de PROVIAS de reconocer y pagar el alcance realmente ejecutado, y los trabajos ejecutados con aprobación permanente de la Supervisión, todos ellos necesarios para concluir la obra contratada por PROVIAS y por tanto lograr el objeto contractualmente acordado.

II. PARTES Y RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Ejecución de Obra No. 177-2004-MTC/20 (en adelante, el Contrato), concordada con lo establecido en los artículos 191 y 192 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable a este caso, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2001-PCM¹ (en adelante, el Reglamento), interponemos demanda arbitral contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVÍAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, PROVÍAS), con domicilio legal en Jr. Zorritos N° 1203, 3er Piso, Cercado de Lima, Perú, conforme a las pretensiones que pasamos a detallar a continuación.

III. PETITORIO

Dentro del plazo establecido en el numeral 13 de las Reglas del Proceso contenidas en el Acta de Instalación de fecha 06 de octubre de 2010, interponemos **DEMANDA ARBITRAL DE DERECHO** a efectos de que el Tribunal Arbitral de su Presidencia se pronuncie sobre las siguientes pretensiones:

- 1. **Primera Pretensión Principal:** Que, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la Obra con un alcance significativamente mayor al considerado en el Precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos e incurrir en sobrecostos mayores a los previstos según el propio Expediente Técnico.

¹ De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Ejecución de Obra No. 177-2004-MTC/20.

- 1.1 **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:** Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal, se ordene a PROVIAS el pago de US\$ 2,217,148.64, mas intereses, como indemnización por abuso del derecho, derivado de su ejercicio irregular de los derechos contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

- 1.2 **Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:** Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

- 2. **Segunda Pretensión Principal:** Que, se ordene a PROVIAS el pago de la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses, como indemnización por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar mayores metrados a los considerados en el Expediente Técnico.

- 2.1 **Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la Segunda pretensión principal, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de US\$ 1,457,520.59, más intereses, como indemnización por abuso del derecho, derivado de su ejercicio irregular de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

- 2.2 **Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 1,457,520.59 por concepto de enriquecimiento sin causa.



IV. ANTECEDENTES GENERALES

1. SOBRE EL CONTRATO DE OBRA

- 1.1 Con fecha 13 de septiembre de 2003, PROVIAS publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la convocatoria a Licitación Pública Internacional No. 0008-2003-MTC/20 para la ejecución de la obra denominada "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector: Aguaytía - Pucallpa, Tramo: Neshuya - Pucallpa" por un valor referencial de US\$ 24'756,846.60 (Veinticuatro millones setecientos cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y seis con 60/100 Dólares americanos).

La referida obra sería parcialmente financiada con recursos del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), en virtud del Contrato de Préstamo No. 11500C-PE suscrito entre dicha organización internacional y el Estado Peruano. Por ello, el proceso de selección fue regido por las reglas especiales de contratación aplicadas por el BID a todas adquisiciones y contrataciones efectuadas con sus recursos.

- 1.2 Las Bases de la Licitación contienen dos tipos de reglas: un tipo referido a la etapa de formación del contrato y el otro a la etapa de ejecución contractual. Así pues, las Bases contienen 9 Secciones, distribuidas de la siguiente forma²:

- Sección I "Llamado a Licitación": Referido a los requisitos del Aviso de la Convocatoria.
- Sección II "Instrucciones Generales a los Oferentes (IGO)": En esta Sección se provee la información necesaria para que los Oferentes puedan preparar sus Ofertas. También se provee información sobre la presentación, apertura y evaluación de las ofertas y sobre la adjudicación del Contrato.
- Sección III "Instrucciones Especiales a los Oferentes (IEO)": Contiene las disposiciones propias de cada licitación, complementando la información o requisitos indicados en las IGO.
- Sección IV "Condiciones Generales del Contrato (CGC)": Son las cláusulas generales a ser aplicadas en todos los contratos.
- Sección V "Condiciones Especiales del Contrato (CEC)": Contiene la referencia a las cláusulas particulares de cada contrato y complementan las CGC.

² Ver el Glosario de las Bases de la Licitación.

- Sección VI "Especificaciones" sobre las características que deben tener las obras a construirse.
- Sección VII "Criterios de Evaluación" que permitirán determinar cuál es la oferta más conveniente para la Entidad.
- Sección VIII "Formularios Tipo" en los que se consignarán la información solicitada por la entidad licitante y, finalmente.
- Sección IX "Lista de Países Miembros del Banco".

Conforme se puede apreciar, las Bases distinguen claramente las disposiciones aplicables tanto a la etapa de formación del contrato (Instrucciones Generales y Especiales a los Oferentes) como a la etapa de ejecución contractual (Cláusulas Generales y Especiales del Contrato).

Teniendo en consideración lo expuesto, resulta indispensable situar los hechos materia de la presente controversia a fin de determinar las reglas aplicables al presente caso, según la etapa en la que nos encontremos.

En ese sentido, como los hechos que sustentan nuestro pedido han tenido lugar durante la etapa de ejecución contractual, resulta evidente que las reglas aplicables al presente caso, son las previstas en las Bases de la Licitación para esta etapa. Por lo tanto, para resolver la presente controversia se deberán tener en consideración las Cláusulas Generales del Contrato (CGC) y las Cláusulas Especiales del Contrato (CEC).

1.3 Asimismo, a efectos de la presente controversia, es importante destacar la siguiente información que la propia PROVÍAS proporcionó a todos los Postores de la licitación en el Expediente Técnico de la Obra y otros documentos bajo su responsabilidad, para que en base a ello, elaboraran sus propuestas económicas:



- a) La duración de la obra – en su fase constructiva – sería de 540 días calendario.
- b) La aplicación de asfalto (carpeta asfáltica MAC B) se iniciaría a partir del sexto mes de iniciada la ejecución de la obra.
- c) La Entidad había previsto iniciar las obras, a más tardar, los últimos días del mes de enero de 2004
- d) El alcance contractual sería el previsto en el Expediente Técnico (partidas y metrados previstos por cada partida, respectivamente).
- e) El valor referencia, elaborado por PROVÍAS, fue calculado en base a precios al 30 de

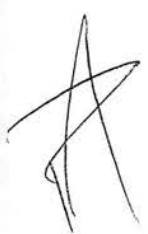
julio de 2003

Por todo lo anterior, los postores – como el CONSORCIO - sólo podían considerar, como parte de su oferta económica, los costos y gastos que demande la ejecución de la obra, según el alcance, los plazos previstos y términos señalados por la Entidad en el Expediente Técnico y considerados para su oferta económica.

- 1.4 Así, el 30 de octubre de 2003, diversos postores – incluyendo al CONSORCIO – presentaron sus respectivas propuestas técnicas y económicas, siendo que el 15 de diciembre de 2003 el Comité Especial dio a conocer la lista de postores cuyas propuestas técnicas habían sido precalificadas, las cuales contaban con la “no objeción” del BID.

Luego de diversas impugnaciones y pedidos que tuvieron un efecto dilatorio en la tramitación del proceso de selección, recién el 27 de agosto de 2004 se suscribió el Acta del Comité Especial acordando cursar un Oficio Circular a todos los postores, comunicando la adjudicación de la Buena Pro al CONSORCIO, y notificado el 31 de agosto de 2004.

- 1.5 No obstante, se produjeron nuevas demoras, al punto que recién luego de trece (13) meses después de la presentación de nuestra oferta económica procedimos a suscribir el respectivo contrato con PROVÍAS.



En ese sentido, el 23 de noviembre de 2004 el CONSORCIO y PROVÍAS suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra No. 177-2004-MTC/20 para la realización de los trabajos de “Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector: Aguaytía - Pucallpa, Tramo: Neshuya - Pucallpa”, por un monto ascendente a US\$ ~~27,103'742.12~~ (Veintisiete millones ciento tres mil setecientos cuarenta y dos con 12/100 Dólares americanos).

- 1.6 Como bien se puede observar de la descripción de los hechos, debido a la demora en la tramitación del proceso de selección, imputable tanto al BID, en su calidad de agente cooperante financiero, como a PROVÍAS, desde la presentación de nuestra oferta económica hasta la fecha fijada para la celebración del contrato transcurrió aproximadamente un (01) año y un (01) mes, es decir, ocurrió mucho después de la fecha originalmente prevista en las Bases para la suscripción del contrato.

Ello tuvo consecuencias prácticas, que se manifestaron en la imposibilidad de iniciar la ejecución de las obras de manera inmediata, en razón de la cercanía del período crítico de lluvias en la zona de la obra, que se extendía entre los meses de diciembre y abril de cada año. Es por ello que **fue necesario postergar el inicio de los trabajos hasta el 01 de abril de 2005**, para lo cual se suscribió la Addenda No. 01 de fecha 26 de enero de 2005.

1.1 La entrega del Terreno ocurrió con fecha 31 de marzo de 2005, verificándose desde ese momento que las condiciones físicas del tramo y del terreno eran radicalmente diferentes a las previstas en el Expediente Técnico, imposibilitando de esta manera la ejecución de la obra con las metodologías constructivas previstas en el Expediente Técnico. Esta situación originó que, durante el desarrollo de la Obra, fueran tramitados y aprobados hasta seis (06) Presupuestos Adicionales de Obra, todos por la necesidad de adecuar el alcance de la obra a las condiciones reales del tramo y del terreno, causa ajena al CONTRATISTA. Los presupuestos adicionales fueron los siguientes:

- a) **Presupuesto Adicional N° 1, sobre Obras de Arte y Drenaje**, aprobado mediante Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por un monto de US\$ 393,467.45 dólares americanos.
- b) **Presupuesto Adicional N° 2, sobre Mayores Metrados en Desbroce y Limpieza en Bosque**, aprobado mediante la misma Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por un monto de US\$ 272,142.29 dólares americanos.
- c) **Presupuesto Adicional N° 3, sobre Pavimentos y Reemplazo de Material**, aprobado mediante Resolución Directoral N° 1835-2005-MTC/20 de fecha 08 de noviembre de 2005, por un monto de US\$ 1'972,564.44 dólares americanos. Este adicional se aprobó conjuntamente con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 1, por un monto de US\$ 775,255.74 dólares americanos.
- d) **Presupuesto Adicional N° 4, sobre Obras de Arte y Drenaje II**, aprobado mediante Resolución Directoral N° 161-2006-MTC/20 de fecha 30 de enero de 2006, por un monto de US\$ 227, 718.26 dólares americanos.

- e) **Presupuesto Adicional Reestructurado N° 5, sobre Canteras y Pavimentos**, aprobado mediante Resolución Directoral N° 611-2006-MTC/20 de fecha 16 de marzo de 2006, por un monto de US\$ 672,430.90 dólares americanos. Este adicional se aprobó conjuntamente con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 2, por un monto de US\$ 211,808.52 dólares americanos.

- f) **Presupuesto Adicional N° 6, sobre Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos. Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas**, aprobado mediante Resolución Directoral N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, por un monto de US\$ 11'600,851.35 dólares americanos. Este adicional se aprobó conjuntamente con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 3, por un monto de US\$ 4'915,824.32 dólares americanos.

Cabe mencionar que, debido a la magnitud de este último adicional, éste fue remitido a la Contraloría General de la República para su aprobación.

Esta institución, mediante Resolución de Vicecontralora No. 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006, resolvió autorizar, previo a la ejecución y pago, únicamente la cantidad de US\$ 3'000,000.00 (Tres Millones y 00/100 dólares americanos) de este adicional, de acuerdo a los fundamentos técnicos expuestos en el Informe Técnico No. 030-2006-CG-OEA.

Posteriormente, luego de plantear el correspondiente recurso de reconsideración contra dicha decisión, la Contraloría emitió la Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG del 25 de agosto de 2006, autorizando el Presupuesto Adicional No. 06, hasta por la suma de US\$ 6'772,938.69 dólares americanos.

Esta decisión fue, a su vez, apelada por PROVÍAS estimándose parcialmente dicha impugnación mediante Resolución de Contraloría No. 324-2006-CG del 31 de octubre de 2006, que se autorizó la ejecución de este adicional, hasta por la suma de US\$ 9'726,398.46 dólares americanos.

1.2 Adicionalmente, durante la ejecución de la Obra, fueron tramitadas seis (06) solicitudes de ampliación de plazo, de las cuales fueron aprobadas cuatro (04), de acuerdo al siguiente detalle:

- a) **Ampliación de plazo No. 02**, por 11 días calendario, aprobada por Resolución Directoral No. 758-2005-MTC/20 del 01 de agosto de 2005.
- b) **Ampliación de plazo No. 04**, por 28 días calendario, aprobada por Resolución Directoral No. 1893-2005-MTC/20 del 15 de noviembre de 2005.
- c) **Ampliación de plazo No. 05**, por 146 días calendario, aprobada por Resolución Directoral No. 2109-2005-MTC/20 del 07 de diciembre de 2005.
- d) **Ampliación de plazo No. 06**, por 83 días calendario, aprobada por Resolución Directoral No. 2480-2006-MTC/20 del 05 de octubre de 2006.

En total, las ampliaciones de plazo aprobadas por PROVÍAS, en conjunto, alcanzaron un total de 280 días calendario, de manera que **el plazo de duración de la obra, originalmente fijado en 540 días calendario, se extendió, quedando establecido en 820 días calendario.**

1.3 Sin perjuicio de ello, debemos señalar que debido a la aceleración de los trabajos por parte del CONSORCIO NESHUYA en los diversos frentes, si bien la conclusión de obra estaba prevista para el 17 de junio de 2007, la Obra fue concluida antes de lo previsto, a saber, el **28 de febrero de 2007.**

1.4 Finalmente, mediante Carta No. CNE-014-/07-RDLF.PCB de fecha 3 de abril de 2007, el CONSORCIO NESHUYA presentó su Liquidación de Obra, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra, y de lo señalado en el numeral 25.0 de la Sección V. de las CGC, e incluyendo los reclamos a los cuales EL CONSORCIO estima tenía derecho.



Esta liquidación fue materia de análisis por la Supervisión de la Obra, quien emitió el Informe Especial No. 280554-INFE-07-037 de fecha 23 de abril de 2007, planteando diversas observaciones que sirvieron de sustento a PROVIAS para la aprobación de su propia Liquidación, lo que ocurrió mediante Resolución Directoral No. 1744-2007-MTC/20 de fecha 22 de mayo de 2007.

Esta liquidación elaborada por la Entidad fue observada por nuestro CONSORCIO

mediante carta notarial de fecha 06 de junio de 2007, en la que nos ratificamos en nuestra posición, lo que motivó la respuesta de PROVÍAS, mediante Oficio No. 605-2007-MTC/20, recibido por nuestro CONSORCIO con fecha 14 de junio de 2007.

Ahora bien, cabe mencionar que, como consecuencia de la excesiva demora entre la presentación de las ofertas técnicas y económicas, y la suscripción del Contrato de Obra, el CONSORCIO NESHUYA solicitó, mediante carta notarial de fecha 14 de julio de 2006, el inicio de un proceso arbitral (en adelante, "Proceso Arbitral No. 01"), que concluyó con un laudo de derecho que reconoció la actualización del precio contractual hasta la fecha de celebración del contrato en razón de un coeficiente de variación de 1.1106 al que nos referimos más adelante.

- 1.5 Asimismo, debido a que PROVÍAS y el CONSORCIO NESHUYA no alcanzaron a llegar a un acuerdo acerca de los términos en que debía efectuarse la Liquidación de la Obra, mediante Carta Notarial No. 257330 del 20 de junio de 2007, el CONSORCIO NESHUYA presentó una solicitud de arbitraje que dio origen a otro proceso arbitral (en adelante, "Proceso Arbitral No. 02").

2. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL No. 01

- 2.1 Con fecha 06 de septiembre de 2006 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los doctores Mario Castillo Freyre (presidente), Oswaldo Hundskopf Exebio (árbitro) y Ramiro Rivera Reyes (árbitro).

Por Escrito No. 01 de fecha 20 de septiembre de 2006, el CONSORCIO NESHUYA interpuso demanda arbitral contra PROVÍAS, solicitando como Única Pretensión principal el reconocimiento del derecho de reajuste del precio de la oferta, debido a la demora entre la presentación de las ofertas y la suscripción del Contrato de Obra. Se pedía también como pretensión accesoria de la Única Pretensión principal: la aplicación del factor de reajuste $K=1.1349$ al precio contractual.

2.2 ¿Qué resolvió el Tribunal del "Proceso Arbitral No. 01"?

- 2.2.1 Por Laudo de Derecho contenido en la Resolución No. 24 del 11 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral consideró que, de conformidad con lo dispuesto en las Instrucciones Generales de los Oferentes - que regulan el reajuste de la oferta

económica por demora en la adjudicación -, las demoras en la adjudicación de la obra configuraban un supuesto de reajuste del precio del contrato, por lo que era necesario fijar el factor de dicho reajuste. De ese modo, el Tribunal estableció que el CONSORCIO NESHUYA tenía derecho a un reajuste de la oferta, y por tanto al precio contractual, mediante la aplicación de un factor de reajuste de $K=1.1106$.

3. SOBRE EL PROCESO ARBITRAL No. 02

- 3.1 Con fecha 15 de agosto de 2008, se instaló el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Luciano Barchi Velaochaga (presidente), Oswaldo Hundskopf Exebio (árbitro) y Alejandro Falla Jara (árbitro).
- 3.2 Por Escrito No. 01 presentado con fecha 26 de octubre de 2007, el CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra PROVÍAS, solicitando ocho pretensiones principales que tenían en su caso algunas subordinadas y accesorias.
- 3.3 Para efectos de lo que se va a dilucidar en este arbitraje son relevantes las siguientes pretensiones:
- a) Segunda pretensión principal: pago de US\$ 2'088,821.54 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa por los mayores costos incurridos en la ejecución de la Partida 103 - Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial.
 - b) Cuarta pretensión principal: pago de US\$ 1'312,372.22 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa porque PROVÍAS no cumplió con retribuir los mayores costos incurridos para la ejecución de mayores metros que resultaron necesarios para cumplir la finalidad de la obra y permitir su recepción conforme por PROVIAS.
 - c) Séptima pretensión principal: pago de US\$ 1'217,766.58 por actualización de los precios ofertados por aplicación del factor de reajuste fijado en el "Proceso Arbitral No. 01" ($K=1.1106$). En esta pretensión se solicitó al Tribunal que la actualización ordenada en el Arbitraje N°1 se aplique, a los pagos que recibió el Consorcio por la ejecución de los presupuestos adicionales, cuyos precios fueron pagados por PROVIAS considerando los precios ofertados originalmente (sin la actualización ordenada por el Arbitraje N°1).

3.4 **¿Cómo resolvió el Tribunal del "Proceso Arbitral No. 02" las pretensiones que hemos mencionado en el punto anterior?**

3.4.1 Por Laudo Arbitral de Derecho expedido mediante Resolución No. 65 del 30 de octubre de 2009, el Tribunal de dicho proceso arbitral resolvió de la siguiente manera:

a) **Segunda pretensión principal: Improcedente.**

b) **Cuarta pretensión principal: Improcedente**

c) **Séptima pretensión principal: Fundada.**

3.4.2 A efectos del presente proceso arbitral, debemos destacar que el Tribunal del "Proceso Arbitral No. 02" indicó expresamente que evitó pronunciarse sobre el fondo de la Segunda y la Cuarta Pretensiones Principales, las cuales versan – precisamente – sobre las mismas controversias que ahora sometemos al Tribunal Arbitral de su Presidencia.

En ese sentido, como explicaremos con mayor detalle en el apartado V del presente escrito, quedó abierta la posibilidad para que las controversias referidas a ambas pretensiones fueran sometidas a un nuevo proceso arbitral, pues no adquirieron la calidad de cosa juzgada material.

Asimismo en la Séptima pretensión principal declaró fundada la actualización de los precios de los presupuestos adicionales que fueron aplicados en base a precios originales de la oferta, correspondiendo la misma actualización por aplicación del factor de reajuste fijado en el "Proceso Arbitral No.01" ($K=1.1106$). Es decir en el Laudo del Arbitraje N°2 quedó consagrado, y con carácter de cosa juzgada, que todos los precios de la oferta deben ser actualizados, tanto los aplicados en las valorizaciones mensuales principales como en las valorizaciones mensuales por concepto de presupuestos adicionales, correspondiéndoles a todos estos precios la actualización del factor que se reconoció en el Arbitraje 1.

V. **SOBRE LA COSA JUZGADA RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE DEMANDA ARBITRAL**

1. **LA COSA JUZGADA**

1.1 La institución denominada "cosa juzgada" se sustenta en la necesidad de garantizar la

seguridad jurídica, lo que implica poner término a los litigios y con ello impedir su sucesivo replanteamiento (*ad infinitum*). En ese sentido, "la cosa juzgada no es un efecto más o un efecto autónomo de las decisiones judiciales, es una autoridad que el Estado les da a aquellas, otorgándoles carácter definitivo y en consecuencia inmutable, en aras de la seguridad jurídica"³.


- 1.2 Para tal efecto, la doctrina distingue entre la "cosa juzgada material", referida a la autoridad atribuida a las resoluciones judiciales y que implica exigibilidad interna y oponibilidad externa, y la "cosa juzgada formal", que sólo rige al interior del proceso en cuyo contexto se dio el pronunciamiento.

1.3 La cosa juzgada material

- 1.3.1 La denominada "cosa juzgada material" es definida como la "autoridad atribuida a las resoluciones judiciales respecto de las cuales operó preclusión de la capacidad impugnatoria - igual que en la cosa juzgada formal -, y reconocen su inmutabilidad y consecuente exigibilidad interna, en el proceso en el que se emitieron, pero además le atribuyen oponibilidad externa, es decir, implica la obligatoriedad de la decisión también para procesos futuros"⁴.

- 1.3.2 En efecto, si bien toda sentencia cuenta con una eficacia intrínseca (pues contiene el mandato imperativo de un órgano jurisdiccional), si no fuera por la inmutabilidad antes descrita, nada impediría que dicho mandato pueda ser rebatido por lo dispuesto en otra sentencia posterior, también expedida por un juez competente.

- 1.3.3 Así, la cosa juzgada material, es uno de los principales componentes del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, habiendo sido reconocida tanto en los incisos 2 y 13 del artículo 139 de la Constitución⁵.


³ ARRARTE ARISNABARRETA Ana María, "Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano". En: Revista Proceso & Justicia No. 01. Revista Editada por el Equipo de Derecho Procesal del Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. P. 7.

⁴ Ídem p. 14.

⁵ "Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional.- (...)
 2. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, no modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...)

1.3.4 Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado que mediante la cosa juzgada se garantiza que "que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó"⁶ (resaltado agregado). Por ello, el Tribunal considera que cualquier intento de modificar el juicio emitido por un magistrado *"implicaría afectar el principio de inmutabilidad, que es un atributo de la cosa juzgada"*⁷.

1.3.5 De esa manera, queda claro que existirá cosa juzgada material, por ejemplo, cuando una sentencia emite un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

1.4 La cosa juzgada formal

1.4.1 Sin embargo, existen pronunciamientos que son igualmente inmutables, pero únicamente al interior del proceso en el que fueron emitidos. De esa manera, la autoridad de la cosa juzgada no obsta para que la materia controvertida que fue resuelta por el pronunciamiento, pueda ser nuevamente planteada de manera válida.

1.4.2 Es así que, según GUASP, *"la cosa juzgada formal puede ser correctamente definida como la sola imposibilidad de que una cierta decisión sea recurrida: el cierre de los recursos procedentes contra la misma"*⁸.

1.4.3 A mayor abundamiento, CAMUSSO explica lo siguiente:

*"Desde luego que existe la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. La diferencia consiste en que la primera 'inadmite' la revisión en el propio proceso, pero acepta un nuevo examen en otro proceso"*⁹.

1.4.4 Como podemos ver, la doctrina coincide en señalar que aquellos pronunciamientos que revistan un carácter de "cosa juzgada formal" podrán ser nuevamente sometidos a conocimiento de un órgano jurisdiccional como, en este caso, lo es el Tribunal Arbitral de su Presidencia.

⁶ STC Nº 04587-2004-AA, de fecha 29 de noviembre de 2005.

⁷ Sentencia emitida el 08 de marzo de 2005 y recaída en el expediente No. 04426-2004-HC.

⁸ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968. P. 547 y ss.

⁹ CAMUSSO, Jorge. Nulidades procesales. Segunda edición. Ed. EDIAR. Buenos Aires, 1983. P. 145. Citado por: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Op. Cit. P. 13.

2. ¿CÓMO SE PRONUNCIÓ EL TRIBUNAL DEL "PROCESO ARBITRAL No. 02" SOBRE LAS CONTROVERSIAS SOMETIDAS AL PRESENTE PROCESO ARBITRAL?

2.1 Como ya hemos indicado, en el marco del "Proceso Arbitral No. 02, el CONSORCIO NESHUYA solicitó ser resarcido por el enriquecimiento sin causa de PROVIAS con ocasión de (i) mayores costos por mantenimiento de tránsito y seguridad vial (Segunda Pretensión Principal de dicho proceso) y (ii) mayores costos por mayores metrados (Cuarta Pretensión Principal de dicho proceso).

2.2 Sin embargo, en el Laudo del "Proceso Arbitral No. 02" se declaró IMPROCEDENTES dichas pretensiones haciéndose especial énfasis en el carácter residual y subsidiario de la acción por enriquecimiento sin causa. Vale decir, el Tribunal Arbitral no entró a resolver el fondo de ambas pretensiones pues consideró que existían otras vías a las que podía recurrir EL CONSORCIO de manera previa al enriquecimiento sin causa.

2.3 Sobre la pretensión de Mayores costos por Mantenimiento del Tránsito y Seguridad Vial (Segunda pretensión del "Proceso Arbitral No. 02")

2.3.1 A partir del numeral 140 del Laudo, el Tribunal manifestó que existían acciones alternativas a la acción de enriquecimiento sin causa. En particular, se indicó que podría entenderse la existencia de un incumplimiento del deber de informar a cargo de PROVIAS, puesto que PROVIAS tenía la carga de brindar al CONSORCIO NESHUYA la información referida al estado de la carpeta asfáltica.

2.3.2 En ese sentido, en dicha oportunidad el Tribunal concluyó lo siguiente:

"152. [...] Más allá del mérito de dicha acción – cuya pretensión no ha sido planteada ni corresponde ser analizada por el Tribunal dentro del presente procedimiento –, su sola existencia torna improcedente la acción de enriquecimiento indebido, de conformidad con lo establecido por el artículo 1955° del Código Civil".

2.3.3 Así, el Tribunal destacó que la acción de enriquecimiento sin causa se caracteriza por ser residual y subsidiaria. En consecuencia, indicó que, al existir una acción alternativa a disposición del afectado, no procedía entrar a juzgar el reclamo por enriquecimiento sin causa ni pronunciarse en ese arbitraje sobre el fondo de esta controversia.

2.3.4 En ese sentido, el Tribunal manifestó que, en su opinión, existía la posibilidad de que el CONSORCIO NESHUYA interpusiera, cuando menos, una acción de resarcimiento, como

es la que se plantea a través de esta demanda arbitral.

2.3.5 Por ese motivo, se declaró improcedente la acción de enriquecimiento sin causa interpuesta.

2.4 **Sobre la pretensión de Mayores costos por mayores metrados ejecutados (Cuarta pretensión del "Proceso Arbitral No. 02")**

2.4.1 A partir del numeral 240 del Laudo, el Tribunal señaló que, debido a que existían vías distintas a la acción de enriquecimiento sin causa, ésta resultaba improcedente. Así, precisó que el CONSORCIO NESHUYA bien podría haber solicitado una indemnización por los daños y perjuicios generados por la falta de diligencia de PROVÍAS en la tramitación del Presupuesto Adicional de Obra No. 06.

2.4.2 De ese modo, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"245. [...] Más allá del mérito de dicha acción – cuya pretensión no ha sido planteada ni corresponde ser analizada por el Tribunal dentro del presente procedimiento –, de conformidad con lo establecido por el artículo 1955° del Código Civil, su sola existencia torna improcedente la acción por enriquecimiento indebido".

2.4.3 De esa manera, al igual que en el caso indicado en el numeral 2.3 del presente escrito, el Tribunal del "Proceso Arbitral No. 02" consideró que, debido a que existía una acción alternativa – en este caso, una demanda por indemnización por daños y perjuicios –, la pretensión de enriquecimiento sin causa resultaba improcedente, sin pronunciarse en ese arbitraje sobre el fondo de esta controversia.

3. EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES EN EL "PROCESO ARBITRAL No. 02"

3.1 Los pronunciamientos expedidos en el marco del "Proceso Arbitral No. 02" que declararon improcedentes las pretensiones de enriquecimiento sin causa debido a que no se cumplían las condiciones de dicha acción – a saber, según el Tribunal no se cumplía el requisito de subsidiariedad – revisten un carácter de cosa juzgada formal.

3.2 Al respecto, ARRARTE es bastante clara al señalar lo siguiente:

"Así, por ejemplo, adquirirá la autoridad de cosa juzgada formal, las decisiones que se pronuncian sobre la validez de la relación procesal, el

*auto que declara la inadmisibilidad de la demanda o **su improcedencia** por defecto en un presupuesto procesal o **en una condición de la acción**, en tanto que no impidan que se demande nuevamente. Así, esta modalidad de cosa juzgada recaerá si tenemos un proceso en el que se declaró la improcedencia de la demanda, por ejemplo, por falta de capacidad o de representación suficiente del demandante, porque el juez no tenía competencia para conocer válidamente de ese caso, porque no existió conexidad entre los hechos y el petitorio planteado, o porque se determinó que no existía interés para obrar al momento de la presentación de la demanda¹⁰.*

- 3.3 Efectivamente, nos encontramos ante un caso en el que, como ya hemos señalado, se declaró la improcedencia de las pretensiones debido a que no se cumplían los requisitos o condiciones de la acción. Más aún, se trata de condiciones de carácter completamente formal: no existía, en opinión del Tribunal, interés para obrar o interés para invocar el enriquecimiento sin causa.
- 3.4 En ese sentido, las controversias materia del presente escrito sí podrán ser materia de un nuevo pronunciamiento, toda vez que únicamente fueron declaradas improcedentes debido a que, en opinión del Tribunal del "Proceso Arbitral No. 02", deberían conocerse primero las acciones alternativas a la acción de enriquecimiento sin causa, acciones que se están invocando a través del presente proceso arbitral.
- 3.5 De esa manera el CONSORCIO NESHUYA tiene el derecho de someter las pretensiones aquí planteadas al conocimiento de un Tribunal Arbitral a efectos de que exista un pronunciamiento sobre el fondo de su reclamo cosa que no se ha dado en el Arbitraje 2.

Al respecto, consideramos que, en el supuesto negado que el Tribunal de su Presidencia desestime las acciones planteadas como principales y subordinadas, podrá conocer las respectivas acciones de enriquecimiento sin causa propuestas como pretensiones subordinadas de aquéllas, en cuyo caso advertirá que su pronunciamiento resulta imperativo al haberse agotado todas las vías alternativas, en respecto al carácter subsidiario de dicha acción.

VI. PRETENSIONES

A continuación pasaremos a desarrollar los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales corresponde que la presente demanda arbitral sea declarada **FUNDADA** en todos

¹⁰ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Op Cit. P. 11.

sus extremos.

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS: MANTENIMIENTO DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL

1.1 BREVES ANTECEDENTES

1.1.1 Con fecha 13 de septiembre de 2003, PROVÍAS publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la convocatoria de la Licitación Pública Internacional No. 0008-2003-MTC/20.

1.1.2 De acuerdo con el Expediente Técnico de la Obra, las Bases y otra información de responsabilidad de PROVÍAS entregada a los postores durante la Licitación, la Obra tendría una duración de 540 días calendarios y se iniciaría, a más tardar, a fines de enero de 2004. En ese sentido, en el peor de los escenarios la celebración del Contrato de Obra no debía darse más allá de inicios de marzo de 2004.

1.1.3 En ese contexto los postores únicamente podían y debían establecer incluir en los precios de su oferta, los costos y gastos en función del alcance y cronograma fijados por PROVÍAS.

1.1.4 El CONSORCIO NESHUYA presentó su oferta el 30 de octubre de 2003 y, con fecha 31 de agosto de 2004, se cursó el Oficio Circular comunicando la adjudicación de la Buena Pro a nuestro favor.

1.1.5 Sin embargo como relatamos en los antecedentes es solo más de un año después – completamente fuera de los plazos fijados en el cronograma que pudimos celebrar el Contrato de Ejecución de Obra No. 177-2004-MTC/20, por un monto de US\$ 27'103,742.12. Esto se dio el 23 de noviembre de 2004.

1.1.6 Debido a estas demoras es y en atención a la proximidad de un período crítico de lluvias en la zona de la Obra a continuación de la celebración y antes de iniciar la ejecución que se suscribió la Addenda No. 01 el 26 de enero de 2005, a efectos de postergar el inicio de los trabajos hasta el 01 de abril de 2005.


1.1.7 Efectivamente, el 31 de marzo de 2005 se entregó el terreno al CONSORCIO NESHUYA y, con fecha 01 de abril de 2005, se dio inicio a la ejecución de la Obra.

- 1.1.8 No obstante, resultó ser que el estado del tramo y del terreno diferían notablemente de la descripción realizada por PROVIAS en el Expediente Técnico de Obra. De un lado, debido a que el Gobierno Regional de Ucayali había realizado el levantamiento de la carpeta asfáltica, sin que PROVIAS haya informado de ello al CONSORCIO NESHUYA.

Según el Expediente Técnico, el Tramo contaba con 16,1 kilómetros afirmados. Sin embargo el Consorcio recibió el Tramo con 39,34 kilómetros afirmados.

De otro lado, las condiciones del terreno resultaron significativamente distintas, originando la aprobación de hasta 6 presupuestos adicionales que dilataron la ejecución de la Obra. De esta manera, si bien el Expediente Técnico contemplaba el inicio de la aplicación de asfalto (y consecuente reducción de kilómetros asfaltados) a partir del sexto mes de ejecución de la obra, en la realidad esta actividad inició en el duodécimo mes de ejecución de la obra (marzo 2006) y además su ejecución demoró más de lo inicialmente previsto. Nuestra oferta, conforme lo establecido en el Expediente Técnico, contemplaba que el revestimiento de la carpeta asfáltica MAC B tomaría 6 meses, pero en la realidad esta actividad tomó 11 meses.

- 1.1.9 Lo anterior resulta de vital importancia, dado que el costo del mantenimiento de tramos afirmados (sin asfaltar) es significativamente más caro que el mantenimiento de tramos una vez aplicado el asfalto, con la ejecución de la partida "Aplicación de Carpeta MAC B". La diferencia es tal, que el precio ofertado por mantenimiento de tránsito fue calculado en base a la cantidad de kilómetros afirmados que se tenía previsto mantener, sobre la base de la información del expediente técnico, de responsabilidad de PROVIAS.



Al respecto, el Tribunal deberá tener presente que el mantenimiento de tránsito en tramos afirmados consiste en trabajos de perfilado, nivelado y compactado de la superficie de rodadura, riego permanente para evitar la polvadera, señalización provisional, entre otros. Mientras que el mantenimiento de tránsito de tramos asfaltados consiste solamente en trabajos rutinarios de bacheo, sin impacto perceptible en los costos de mantenimiento vial (se trata de actividades menores que no impactan en el precio de la partida).

- 1.1.10 De esta manera, sobre la base de la información proporcionada por PROVIAS durante la Licitación, el precio ofertado por el Consorcio por esta partida considero que a lo largo de toda la ejecución de la obra se requeriría el mantenimiento acumulado de un total de 88,76km (cifra resultante de considerar el mantenimiento inicial de 16,1 kilómetros

afirmados desde la entrega del terreno hasta la aplicación del asfalto, de conformidad con la secuencia constructiva y plazos previstos en el Expediente Técnico).

1.1.11 Sin embargo, el Consorcio recibió el Tramo con 39,34 kilómetros afirmados (y no los 16,1 previstos en el Expediente Técnico), que tuvo que mantener por más tiempo del previsto por el tiempo que demoró la aprobación de presupuestos adicionales necesarios para viabilizar la obra, lo que demoró el inicio y ejecución de la carpeta asfáltica MAC B. La consecuencia de todos estos factores, todos ellos ajenos al CONSORCIO, obligó al CONSORCIO a realizar un mantenimiento total acumulado de 629,21 km afirmados (en lugar del total acumulado de 88,76km afirmados que se había previsto mantener, en base a la información proporcionada pro PROVIAS).

1.1.12 Estas circunstancias sin duda significaron un mayor costo y despliegue de recursos por parte del CONSORCIO, que se vio en la necesidad de asumir debido a las características propias de la Partida de Tránsito, según las cuales el Contratista debe realizar esta actividad de manera constante e ininterrumpida desde que recibe el terreno hasta la recepción de la Obra. Quedando así EL CONSORCIO en un callejón sin salida.

1.2 ¿SOBRE QUÉ VERSA LA PRESENTE CONTROVERSI A?

La Primera Pretensión Principal, así como sus Pretensiones Subordinadas, se refieren al perjuicio económico que PROVÍAS ocasionó en el CONSORCIO NESHUYA por el mayor alcance que éste debió asumir en la ejecución de la Partida 103-Mantenimiento de Tránsito, como consecuencia del incumplimiento de una serie de obligaciones contractuales de PROVIAS y/o el abuso de derecho por PROVIAS, de una serie de derechos contractuales.

1.3 FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS

a) La entrega del terreno al CONSORCIO y su obligación de mantenimiento de tránsito y seguridad vial

Como hemos señalado, con fecha 01 de abril de 2005, se inició la ejecución de la obra, tal como consta en el Asiento del Cuaderno de Obra No. 02¹¹ de la misma fecha, para lo cual

¹¹ "Asiento No. 02 de 1 de abril de 2005: DE LA SUPERVISIÓN: El día de hoy se da como fecha de inicio del plazo de ejecución de esta obra, de acuerdo al numeral 21.6 de la Sección V Condiciones Especiales del Contrato de las Bases de Licitación".

el CONSORCIO recibió el terreno el día anterior, 31 de marzo de 2005, entendiéndose que desde entonces le era exigible el mantenimiento de la vía que, con anterioridad, venía siendo asumida por el Gobierno Regional de Ucayali.

Así, conviene citar lo expuesto por el Supervisor en el Asiento No. 04 del Cuaderno de Obra:

"Asiento No. 04: 02 de Abril 2005

DE LA SUPERVISION:

Habiéndose efectuado la entrega del terreno al Contratista con fecha 31 de marzo de 2005, el Mantenimiento de la Vía que venía ejecutando el Proyecto Carretera Federico Basadre de la Región Ucayali, queda a cargo del Contratista ejecutor de la obra desde el 01 de Abril del presente año hasta la culminación de la Obra."

La fecha de entrega del terreno es relevante, pues el literal c) del numeral 103.02 de las Especificaciones Técnicas de la Partida "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial"¹² dispone lo siguiente:

"c) Período de Responsabilidad

La responsabilidad del Contratista para el mantenimiento de tránsito y seguridad vial se inicia el día de la entrega del terreno al Contratista. El periodo de responsabilidad abarcará hasta el día de la entrega final de la obra al MTC y en este período se incluyen todas las suspensiones temporales que puedan haberse producido en la obra, independientemente de la causal que la origine. (Resaltado agregado)

Dicho esto es preciso recurrir a lo expresamente pactado en relación a esta obligación impuesta al CONSORCIO. Al respecto, nos remitimos a la Cláusula 27 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC):

"27.1 El Contratista será responsable del mantenimiento de tránsito de la Obra Vial por la totalidad de las secciones o variantes de los puentes, hasta la Recepción Final de la Obra

*27.2 El Contratista deberá **mantener el tránsito público y comercial a su costo** durante el período de construcción, asimismo **deberá efectuar mantenimiento rutinario, conservando el camino** de toda la obra vial contratada en buenas condiciones, de tal manera que sus trabajos no interfieran innecesariamente o indebidamente con la comodidad pública respecto al acceso, a la utilización y ocupación de la obra vial, caminos vecinales y puentes, para lo cual deberá programar los equipos necesarios para tal fin y período.*

[...]

27.5 Debe entenderse que el concepto de mantenimiento de tránsito

¹² Volumen III del Expediente Técnico de Obra

corresponde al mantenimiento de la vía durante la ejecución de la obra.

[...]

27.7 El Mantenimiento de tránsito comprenderá toda la Obra vial contratada e incluye tanto a la obra que forma parte del Proyecto como los accesos, los desvíos construidos para el tránsito vehicular durante el período de su utilización o aquellos existentes utilizados para el mismo fin." (Resaltado agregado)

Es decir, de acuerdo a la cláusula citada, el mantenimiento de tránsito es un servicio permanente complementario a la ejecución de la obra, que comprende una serie de actividades destinadas - como su mismo nombre lo indica - a mantener o conservar la carretera (en el estado en que se encuentra) con la finalidad de evitar que las obras en ejecución no interrumpan la fluidez del tránsito y, por tanto, no impidan el normal desenvolvimiento del transporte en la zona de trabajo. Asimismo, para resguardar la seguridad de los usuarios de la vía, durante la ejecución de la obra.

Al respecto, el numeral 103.01 de las Especificaciones Técnicas de esta partida, contenidas en el Expediente Técnico de Obra describe aquellos trabajos que se incluyen dentro de las actividades de mantenimiento de tránsito y seguridad vial:

"103.01 Descripción

Las actividades que se especifican en esta sección abarcan lo concerniente con el mantenimiento de tránsito a lo largo de toda la obra contratada y en las áreas que se hallan en construcción durante el período de ejecución de obras. Los trabajos incluyen:

- *Mantenimiento rutinario en todo el tramo, bien sea construido, en construcción o por construir.*
- *El mantenimiento de desvíos que sean necesarios para facilitar las tareas de construcción.*
- *La provisión de facilidades necesarias para el acceso de viviendas, servicios, etc. Ubicadas a lo largo del Proyecto en construcción.*
- *La implementación, instalación y mantenimiento de dispositivos de control de tránsito y seguridad acorde a las distintas fases de la construcción.*
- *El control de emisión de polvo en todos los sectores sin pavimentar de la vía principal y de los desvíos habilitados que se hallan abiertos al tránsito del área del Proyecto.*
- *El mantenimiento de la circulación habitual de animales domésticos y silvestres a las zonas de alimentación y abrevadero, cuando estuvieran afectadas por las obras.*
- *El transporte de personas a las zonas de ejecución de obras.*

En general se incluyen todas las acciones, facilidades, dispositivos y operaciones que sean requeridos para garantizar la seguridad y confort del público usuario erradicando cualquier incomodidad y molestias que puedan ser ocasionados por deficientes servicios de mantenimiento de

tránsito y seguridad vial."

Adicionalmente a los trabajos que se enumeran en la partida 103.01, en las mismas Especificaciones Técnicas se incluyen los siguientes trabajos:

"103.01 (...) Consideraciones generales
(...)

El PMTS¹³ deberá abarcar los siguientes aspectos:

(2) Mantenimiento Vial

La vía principal a lo largo de todo el tramo contratado, los desvíos, rutas alternas y toda aquella que se utilice para el tránsito vehicular y peatonal será mantenida en condiciones aceptables de transitabilidad y seguridad, durante el período de ejecución de obra incluyendo los días feriados, días en que no se ejecutan trabajos y aún en probables períodos de paralización. La vía no pavimentada deberá ser mantenida sin baches ni depresiones y con niveles de rugosidad que permita velocidad uniforme de operación de los vehículos en todo el tramo contratado. La vía pavimentada en caso se deteriore serán reparadas las irregularidades."

"103.04 Equipo

El contratista propondrá para consideración del Supervisor, los equipos más adecuados para las operaciones por realizar, con la frecuencia que sea necesaria. Básicamente el Contratista pondrá para el servicio de nivelación una motoniveladora y camión cisterna; volquetes y cargador en caso sea necesario efectuar bacheos. La necesidad de intervención del equipo será dispuesto y ordenando por el Supervisor, acorde con el PMTS."

"103.07 Zona de Desvíos y Caminos de Servicio

(...)

El Contratista deberá proporcionar equipo adecuado aprobado por el Supervisor y agua para mantener límites razonables de control de emisión de polvo por los vehículos en las vías que se hallan bajo tránsito. La dispersión de agua mediante riego sobre plataformas sin pavimentar será aplicada en todo momento en que se produzca polvo, incluyendo las noches, feriados, domingos y períodos de paralización. Para controlar la emisión de polvo el Contratista podrá proponer otros sistemas que sean aprobados y aceptados por la Supervisión."

Conforme a las Especificaciones Técnicas antes transcritas, esta partida comprende, además de lo ya indicado: i) todos los servicios de bacheo (es decir, cubrir los agujeros existentes en la carretera) o, lo que es lo mismo, las actividades de saneamiento de las depresiones en el suelo; y, ii) el esparcimiento de agua sobre la parte no pavimentada con la finalidad de controlar la emisión de polvos.

Coincide con lo anterior el propio Supervisor quien, en el Asiento No. 524 del Cuaderno

¹³ Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial

de Obra, señaló lo siguiente:

"Asiento No. 524: 11 mayo 2006

DEL: SUPERVISOR

Asunto: Requerimiento de Bacheo en Subtramo Km. 25 – Km. 25 – Km. 55

Ref: Carta No. 28055-CG-556-06 (10.05.06)

Mediante carta de la referencia se reitera al contratista, como parte de las actividades de mantenimiento vial, ejecutar los bacheos en los sectores que cuentan con pavimento asfáltico (existente) dentro del sub-tramo Km. 25 – Km. 55, muy en especial en la zona urbana de Campo Verde, donde la calzada presenta huecos (baches) en mayor cantidad y dimensiones"

Finalmente, respecto a las penalidades aplicables en caso de falta de mantenimiento del tránsito, la Cláusula 27.6 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) prevé la remisión a las sanciones contempladas en la Cláusula 17 siguiente:

"17. Penalidades (Cláusula 20 de las CGC)

(...)

17.2. En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, EL PROGRAMA le aplicará a contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del monto contractual. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o de la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o, de ser el caso de la garantía de monto diferencial de propuesta (...)"

Precisamente, la Cláusula 17.3 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) señala:

"17.3 Se sancionará entre otros:

(...)

f) La falta de Mantenimiento de Tránsito o su ejecución defectuosa que no permita la transitabilidad de la vía, durante el período de construcción."

b) El estado de la carpeta asfáltica no era el previsto en el Proyecto

De acuerdo al "Estudio de suelos y pavimentos" a que se refiere el numeral 2.1 del Capítulo Segundo "Evaluación del estado estructural actual del pavimento", y que forma parte del Volumen II del Expediente Técnico de Obra elaborado por el Proyectista, la plataforma de la carretera estaba conformada por una capa de rodadura afirmada, de espesor y ancho variable en 16.1 Km. de la vía, y de revestimiento asfáltico de espesor variable en el resto del tramo.

Así, en el numeral 2.1 antes mencionado el Proyectista consideró que sólo 16.1 Km. se encontraban con capa de rodadura afirmada, es decir, sólo esa porción del tramo requeriría del CONSORCIO mayor gasto por mantenimiento de tránsito, en la medida en que de acuerdo a la información proporcionada, el resto del tramo de la carretera se encontraba asfaltada, requiriendo menos inversión su mantenimiento. Así, se había afirmado lo siguiente

"2.1. EL PAVIMENTO EXISTENTE: MATERIALES Y ESPESORES

El Tramo Neshuya - Pucallpa (estribo izquierdo del puente Neshuya - Ovalo de entrada a Pucallpa) se encuentra actualmente en el estado siguiente:

Km 0 - Km 16.1: capa de rodadura en afirmado de espesor y ancho variable

Km 16,1 - Km 40,2: calzada asfaltada con tratamiento bicapa (ancho 6,60 m) y bermas con fuerte erosión

Km 40,2 - Km 55: calzada asfaltada con concreto asfáltico de 0,10 m de espesor (ancho 6,60 m) y bermas en concreto asfáltico de 0,05 m de espesor (ancho 1 m)

Km 55 - Km 58,8: zona urbana de Pucallpa calzada asfaltada con concreto asfáltico de 0,10 m de espesor (ancho 2 x 8,5 m)

(...) (Resaltado agregado)

Sin embargo, contrariamente a lo previsto en el Proyecto, al momento de la recepción del terreno las condiciones de la carpeta asfáltica fueron sustancialmente distintas, tal como lo acredita el propio Asiento No. 22 de la Supervisión:

"Asiento No. 23: 16 abril 2005

DE LA SUPERVISION

Ref: Mantenimiento vial

Hasta el 31 de marzo del presente año el mantenimiento de la carretera fue ejecutado por la Dirección Ejecutiva del Proyecto Federico Basadre de la Región Ucayali.

Actualmente se observa que por falta de carpeta asfáltica en gran parte del tramo, la superficie de rodadura presenta deterioro con presencia de baches, encalaminados, hundimientos en sitios puntuales, además se levanta una fuerte polvareda al paso de los vehículos, que quita visibilidad a los conductores y con efectos de salud a los usuarios de la vía y habitantes del entorno.

El Contratista deberá a la brevedad dar inicio a la labor del mantenimiento de la vía teniendo presente lo indicado en la Sección 103 Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial contenido en las Especificaciones Técnicas del Proyecto." (subrayado agregado)

Por su parte el CONSORCIO, a través de la Carta No.013/2005 CNE-OBRA, del 21 de abril de 2005, remitió a la Supervisión un Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito hasta el 31 de mayo de 2005, así como un esquema con las señales

provisionales cuya colocación se estaba proponiendo. En el referido Programa Inicial se tenía prevista la realización de una serie de obras cuya ejecución estaba iniciándose de inmediato. En dicho Programa preliminar el CONSORCIO evaluó el estado de la vía tal cual fue recibido el 31 de marzo de 2005 y planificó el trabajo a realizar de acuerdo a la mayor cantidad de Kilómetros que encontró sin carpeta asfáltica.

El Supervisor, a través del Cuaderno de Obra procedió a autorizar el Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito, según consta en el Asiento No. 27 que a continuación citamos:

"Asiento No. 27: 22 abril 2005

DE LA SUPERVISION

Ref: Carta No. 013/05 CNE-OBRA de fecha 2-04-2005 Programa de Mantenimiento de Tránsito que nos alcanza el Contratista denominado Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito a ejecutarse a partir del 21 de Abril hasta el 31 de mayo 2005, así como el esquema con los diseños de las señales preventivas a colocarse en las zonas donde se aperturará el trabajo de mantenimiento de la vía. Luego de su revisión damos la conformidad a dichos documentos y al inicio de esa actividad, se sugiere además incluir tranqueras (caballetes) para el cierre de la vía temporal al tráfico vehicular cuando esta sea necesaria, debiendo ser pintadas en franjas de colores llamativos."

De la misma forma, la Supervisión, a través del Asiento No. 31 de 27 de abril de 2005, del Cuaderno de Obra, solicita al CONSORCIO tener en cuenta las especificaciones contenidas en el Expediente Técnico correspondiente a la partida 103 "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial".

Luego, por Carta No. 057/05 CNE - OBRA, del 10 de junio de 2005, el CONSORCIO remitió a la Supervisión el Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial que se había comenzado a implementar para la ejecución de la obra, en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas del Proyecto.

En relación al metrado de la carpeta asfáltica, el CONSORCIO efectuó sondeos cada 100 metros en cada carril de la vía, según consta en la Carta No. 095/05 CNE-OBRA del 01 de julio de 2005, que fue recibida por el Supervisor en la misma fecha. De acuerdo al cuadro de "Evaluación de la Carpeta Asfáltica existente" que se adjunta a dicha comunicación, contrariamente a lo previsto en el Expediente Técnico de Obra, el total de kilómetros sin asfalto era de 39.34, es decir, existía una considerable diferencia no considerada en la oferta por el CONSORCIO, que implicaba mayores gastos por el

mantenimiento de tránsito y seguridad vial, el mantenimiento de tránsito y seguridad vial en calidad de transitable.

Complementando el Plan de Mantenimiento de Tránsito remitido en el mes de junio de 2005, el CONSORCIO, por Carta No. 193/05 CNE-OBRA, del 13 de setiembre de 2005, remitió a la Supervisión el "Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial durante la Construcción".

c) **Razones por las que en la vía se encontró menos carpeta asfáltica que la prevista en el Proyecto**

La propia Supervisión, con fecha 25 de abril de 2005, dejó constancia en el Asiento No. 33 del Cuaderno de Obra de lo siguiente:

"Asiento de Obra No. 33: 27 de abril 2005

DE LA SUPERVISION

REF: Verificación de saldo de carpeta asfáltica

Hasta el 31 de marzo del presente año, como es de conocimiento del Contratista, el mantenimiento de la vía estuvo a cargo del Gobierno Regional de Ucayali. En dichos trabajos ejecutados han removido gran parte de la carpeta asfáltica existente, por lo cual se hace necesario determinar el saldo del área de carpeta asfáltica que aún permanece sobre la Plataforma. Se deberá coordinar con esta Supervisión para efectuar dicho trabajo."

Por Carta No. 093/07 CNE-OBRA, del 22 de febrero de 2007, el CONSORCIO solicita al Gobierno Regional de Ucayali, información sobre las razones por las cuales la carpeta asfáltica encontrada al momento de la toma de posesión del terreno, en abril de 2005, no era la prevista en el Proyecto. Así, en la referida carta se señaló lo siguiente:

"En tal sentido, agradeceremos nos informen lo que ocurrió con la carpeta asfáltica, en los sectores donde se observa que la misma fue levantada, y cual fue el criterio utilizado para el mantenimiento de la Carretera Federico Basadre en dichos sectores, durante el periodo transcurrido entre los meses de enero a marzo 2005, toda vez que según el informe "Estado de la Superficie de Rodadura" adjunto a vuestra Carta, hasta el año 2004 en el sector del Km 0+000 al Km 43+500 existía carpeta asfáltica y los trabajos de mantenimiento consistían en el parchado con emulsión asfáltica."

En respuesta a dicha Carta, el Gobierno Regional de Ucayali remitió al CONSORCIO, con fecha 27 de febrero de 2007, la Carta No. 011-2007-GRU-P-GG-UE:CFB-DE, a la que

adjuntó el Informe No. 029-2007-UE:CFB-DT/DSC/INSPECTOR DE OBRAS, respecto al estado de la carpeta asfáltica de la Carretera Federico Basadre - Tramo Neshuya - Pucallpa, períodos 2002-2004.

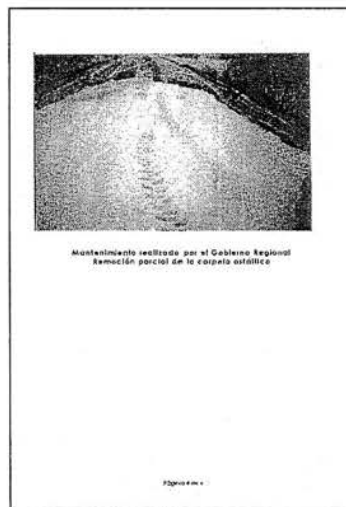
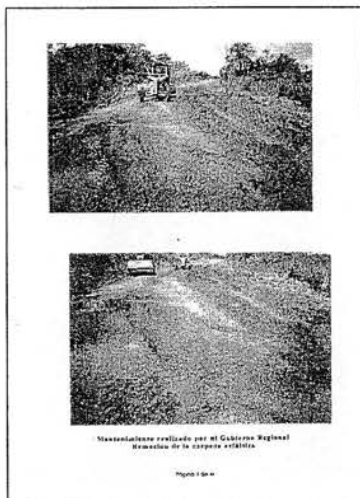
En el Informe antes mencionado se señala con total claridad que, a fines del año 2004 y principios del año 2005, es decir, antes que el CONSORCIO recibiera la posesión del terreno, se procedió a levantar la carpeta asfáltica existente, por considerar que ya había cumplido su vida útil y, además, atendiendo al hecho que se iniciarían las obras por parte del CONSORCIO, para su rehabilitación. De ello PROVIAS NACIONAL no informó al CONSORCIO.

De esa manera, los hechos descritos se desarrollaron de acuerdo a la siguiente línea de tiempo:



Efectivamente, el Gobierno Regional de Ucayali había llevado a cabo el levantamiento de la carpeta asfáltica, modificando el estado del terreno, como se aprecia a continuación:

Handwritten signature or initials.



En consecuencia, queda acreditado que el estado de la carpeta asfáltica en gran parte de la carretera, en el mes de abril de 2005, no era el que se había previsto en el Expediente Técnico, y por lo tanto, no reflejaba las condiciones en base a las cuales se formuló la oferta. Al respecto, basta ver el cuadro "Evaluación de la carpeta asfáltica existente", elaborado por el CONSORCIO, para advertir la mayor cantidad de kilómetros cuyo mantenimiento se hacía necesario, a raíz de los cambios en la carpeta asfáltica, debidos, como vimos, a los trabajos del Gobierno Regional de Ucayali.

Finalmente, dejamos constancia de que el CONSORCIO manifestó oportunamente a la Supervisión, como consta en la Carta No. 248/05 CNE-OBRA, del 25 de octubre de 2005 que los problemas detectados en la capa asfáltica estaban generando mayores costos a los previstos en el Contrato, para recuperar su nivel de transitabilidad, que sin embargo estaban siendo asumidos por el CONSORCIO.

d) Las ampliaciones de plazo del contrato significaron que la obligación de mantenimiento de tránsito del CONSORCIO se extendiera en 268 días adicionales a los previstos en la oferta

Como veremos a continuación, no sólo el deterioro de la carpeta asfáltica, no previsto en el Contrato, generó mayores costos al CONSORCIO en relación al mantenimiento de tránsito y seguridad vial, sino que además estos gastos se vieron incrementados a raíz de las ampliaciones de plazo del contrato, que extendió el plazo de ejecución del mismo en doscientos sesenta y ocho (268) días adicionales.

Las ampliaciones de plazo aprobadas por PROVÍAS fueron las siguientes:

- **Ampliación de plazo por paro total de agricultores y productores cocaleros de la Región¹⁴:**

En este caso, por Resolución Directoral No. 758-2005-MTC/20, del 01 de agosto de 2005, PROVÍAS aprobó la ampliación del plazo por once (11) días calendario, con reconocimiento de mayores gastos generales, siendo el nuevo plazo de término de la Obra el 03 de octubre de 2006.

¹⁴ Se le denominó "Ampliación de Plazo No. 02"

La ampliación de plazo, tal como consta en la mencionada Resolución Directoral y en el Informe No. 088-2005-MTC/20.3.MSL, que sirve de sustento a la misma, no es atribuible al CONSORCIO sino, como lo prevé el numeral 16.4 de la Condiciones Especiales del Contrato (CEC), en un hecho fortuito o de fuerza mayor como es el paro de agricultores y productores cocaleros.¹⁵

Se adjunta además el Informe No. 070-2005-MTC-20-5-LACH, del 22 de julio de 2004, del Especialista de Obras BID, que consideró procedente la ampliación del plazo de término contractual.

▪ **Ampliación de plazo por aprobación del Presupuesto Adicional No. 2 sobre Desbroce y Limpieza del Bosque¹⁶**

Por Resolución Directoral No. 1893-2005-MTC/20, del 15 de noviembre de 2005, PROVÍAS aprobó la ampliación de plazo por veintiocho (28) días adicionales, como consecuencia de haberse aprobado el Presupuesto Adicional No. 02, cuyas partidas se consideraron comprendidas dentro de la Ruta Crítica del Calendario de Avances de Obra, trasladándose la fecha de término al 31 de octubre de 2006.

Así, de acuerdo a lo expuesto en la Resolución Directoral, la ampliación de plazo tiene sustento en los numerales 19.2.1 de las Condiciones Generales del Contrato (CGC) y 16.4.d) de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC). La referida ampliación se apoya, además, en el Informe No. 077-2005-MTC/20.5-PSH del 04 de noviembre de 2005, del Especialista de Obras BID y en el Informe No. 169-2005-MTC-0.3-RIVO, del 11 de noviembre de 2005, del Especialista legal de PROVÍAS:

*"19.2 Prolongación de los plazos de ejecución
19.2.1. Cuando haya un cambio en el alcance de las obras, una*

¹⁵ En el Asiento No. 149 del Cuaderno de Obra, el CONSORCIO deja constancia de lo siguiente: "Mediante el presente se deja constancia que los agricultores y productores cocaleros de la Región, incluidas las Provincias de Coronel Portillo (Pucallpa, Campo Verde) y Padre Abad (Neshuya, Curimaná), han iniciado a partir de las 00:00 hrs. Del día de hoy un paro total indefinido, cerrando la carretera e impidiendo el acceso de nuestro personal y equipos a los diferentes frentes de trabajo, paralizando, por lo tanto, totalmente la ejecución de la obra. En consecuencia, además de la correspondiente ampliación de plazo y reconocimiento de los mayores costos generales por el lapso que dure el paro, solicitamos se considere el pago de la planilla del personal que va a estar paralizado todo este tiempo, y que alcanzaremos oportunamente mediante Carta."

¹⁶ Se le denominó "Ampliación de Plazo No. 04"

modificación de cierta importancia en la naturaleza de las obras, una sustitución de obras inicialmente previstas como diferentes, la aparición de dificultades imprevistas durante la ejecución de las obras, la justificación de una prolongación de las obras o de un aplazamiento de alguna de las partes de ellas, una actualización de las obras decidida por el Contratante (...)"

"16.4. El Contratista sólo tendrá derecho a solicitar que se le conceda prórroga en el plazo de ejecución de la obra, como consecuencia de las siguientes causas:

(...)

d) Ejecución de obras adicionales cuando la causal imposibilite la ejecución de otras partidas concordantes con el numeral 16.5.¹⁷ (...)"

▪ **Ampliación de plazo por la ejecución del Presupuesto Adicional No. 03 y el Presupuesto Deductivo Vinculante No. 01¹⁸**

Por Resolución Directoral No. 2109-2005-MTC/20, del 07 de diciembre de 2005, PROVÍAS¹⁹ aprobó la ampliación del plazo de la Obra por ciento cuarenta y seis (146) días naturales adicionales, sin Reconocimiento de Mayores Gastos Generales Variables, siendo el nuevo término de ejecución de la obra, el 26 de marzo de 2007.

La presente ampliación de plazo se sustenta, de acuerdo a lo indicado en la Resolución Directoral mencionada y en el Informe No. 147-2005-MTC-20.3.MSL, del 05 de diciembre de 2005, por ella recogido, en el supuesto previsto por el numeral 16.4 de las Condiciones Especiales del Contrato (CEC), ya que las partidas generadas por el Presupuesto Adicional No. 03 y por el Presupuesto Deductivo Vinculante No. 01 están en la ruta crítica del calendario de avances de la obra.



¹⁷ "Artículo 16.5.-Sólo será procedente otorgar prórroga cuando la causal invocada modifique y afecte la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra e tal forma que comprometa la terminación de las partidas afectadas o sea imposible su ejecución simultánea."

¹⁸ Se le denominó "Ampliación de Plazo No. 05"

¹⁹ El CONSORCIO solicitó esta ampliación del plazo de ejecución del Contrato, según consta en el Asiento del Cuaderno de Obra No. 362, del 08 de noviembre de 2005, donde el Contratista dejó constancia de lo siguiente: "En la fecha se ha tomado conocimiento de la aprobación, mediante Resolución Directoral No. 1835-2005-MTC del día de hoy del Presupuesto Adicional No. 03 Pavimento y Reemplazo de Materiales por un monto de US\$ 1'972,564.44 incluido el IGV y el correspondiente Deductivo Vinculante No. 01 ascendente a US\$ 775,225.74. En consecuencia, teniendo en cuenta que la ejecución de estas obras modifican y afectan la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra, desplazando indefectiblemente la fecha de terminación del plazo contractual, al amparo de lo previsto en el numeral 16.4.d) de las Condiciones Especiales del Contrato, solicitamos la Ampliación del Plazo correspondiente, que procederemos a sustentar dentro del plazo estipulado en el numeral 16.6 de las Condiciones Especiales del Contrato."

▪ **Ampliación de plazo por la ejecución por la ejecución del Presupuesto Adicional No. 06 – Reestructurado y por la demora en la aprobación de dicho Presupuesto Adicional²⁰**

Por Resolución Directoral No. 2840-2006-MTC/20, del 05 de octubre de 2006, se aprobó la ampliación del plazo de ejecución del Contrato, por ochenta y tres (83) días naturales, de los cuales dieciséis (16) días naturales corresponden a la ejecución del Presupuesto Adicional No. 06 Reestructurado, sin reconocimiento de gastos generales, y sesenta y siete (67) días naturales a la demora en la aprobación de dicho Presupuesto Adicional No. 06 – Reestructurado. En consecuencia, el nuevo plazo de término del Contrato quedó fijado en el día 17 de junio de 2007.

De acuerdo a lo expuesto en el Informe No. 273-2006-MTC-20.3-RIVO, del 03 de octubre de 2006, aprobado por la Gerencia Legal de PROVÍAS, y en el Informe No. 112-2006-MTC/20.5-PSH, del Especialista de Obras BID, la causal que sustentó esta ampliación fue la recogida en los numerales 16.4.d) y 16.4.c) de las Condiciones Especiales del Contrato:

"16.4. El Contratista sólo tendrá derecho a solicitar que se le conceda prórroga en el plazo de ejecución de la obra, como consecuencia de las siguientes causas:

(...)

c) Demoras en la absolución de consultas que afecten el plazo de ejecución de obras, siempre que el Contratista cumpla con el procedimiento establecido en las Bases.

d) Ejecución de obras adicionales cuando la causal imposibilite la ejecución de otras partidas concordantes con el numeral 16.5.²¹ (...)"

En consecuencia, el siguiente Cuadro resume las ampliaciones de plazo antes descritas y el total de doscientos sesenta y ocho (268) días naturales adicionales al plazo de ejecución de la Obra, previsto en el Contrato:

²⁰ Se le denominó "Ampliación de Plazo No. 06"

²¹ "Artículo 16.5.-Sólo será procedente otorgar prórroga cuando la causal invocada modifique y afecte la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra e tal forma que comprometa la terminación de las partidas afectadas o sea imposible su ejecución simultánea."

No. de Ampliación	No. de días	Fecha de término de la obra
2	11	03.10.2006
4	28	31.10.2006
5	146	26.03.2007
6	83	17.06.2007

Así, la ampliación de la ejecución de la obra, en doscientos sesenta y ocho (268) días naturales adicionales, por causas ajenas al Contratista y de exclusiva responsabilidad de PROVIAS, originadas en las deficiencias del Expediente Técnico y la necesidad de adecuarlo a la realidad del terreno y de la obra, sumada al mayor número de kilómetros afirmados con los que el CONSORCIO recibió el Tramo, le causaron un serio perjuicio económico originado en incumplimientos contractuales de la propia PROVIAS. Todo esto además por la propia naturaleza de la Partida de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial que, según consta en las Especificaciones Técnicas²², es una Partida Global.

Al respecto, cabe decir que, si bien se trata de una Partida Global, y por tanto, el precio comprende todas las prestaciones señaladas en las Especificaciones Técnicas para el Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, lo cierto es que el alcance del precio ofertado fue el previsto teniendo en consideración la información del Expediente Técnico y el estado en que se encontraba la carretera al formular la oferta. De esta forma, el CONSORCIO, tal como ocurrió con los demás postores, elaboró su oferta económica ofertando un precio global compatible con ese alcance, atendiendo a tres aspectos de suma importancia: i) el estado en que se encontraba la carretera en ese momento según lo informado por PROVIAS; ii) la ruta crítica de ejecución de Obra según la cual la actividad de aplicación de la carpeta asfáltica MAC B se iniciaría al sexto mes de la entrega del terreno; y; iii) el plazo original de ejecución de las obras.

²² El numeral 103.11 de las especificaciones Técnicas, señala que, "El Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial se medirá en forma global (...)".

Todo ello derivado de información técnica contenida en el Expediente Técnico, de exclusiva responsabilidad de PROVIAS.

En consecuencia, es pertinente aquí citar lo dispuesto por el numeral 10.1.4 de las Condiciones Generales del Contrato (CGC):

"10.1.4. A excepción de las partes que el Contrato expresamente señale que están incluidas en los precios, se considerará que los precios cotizados permiten al Contratista obtener beneficios y un margen de ganancias frente a riesgos, y que tiene en cuentas todas las condiciones de ejecución de la obra, normalmente previsibles por un contratista diligente y competente, en las condiciones de tiempo y lugar en que se ejecuten estas obras (...)"

Definitivamente, los factores que afectaron esta Partida no eran previsibles de modo alguno por el CONSORCIO al momento de formular la oferta y por lo tanto, merece ser resarcido por los mayores gastos asumidos. Mas aun, ni siquiera habría correspondido incluirlos en el precio ofertado, pues un principio rector en toda licitación es la igualdad para todos los Postores, lo que supone que todos ofrezcan un precio por el mismo alcance, lo que le permite a PROVIAS identificar la oferta económica más económica.

Si cada postor incluye alcances no previstos en el Expediente Técnico a su discreción, entonces no sería posible comparar las propuestas ni identificar la mejor, contraviniéndose una serie de principios que inspiran las Licitaciones públicas.

e) Mayores costos generados: cómo se ha calculado la suma demandada

Como obra en la Memoria Descriptiva elaborada por el CONSORCIO, que se ha ofrecido como medio probatorio de la demanda, en este caso se reclama la suma de US\$ 2'217,148.64, cifra obtenida de multiplicar el precio correspondiente a cada kilómetro afirmado mantenido, más el reajuste dispuesto en el Laudo del 11 de diciembre de 2007, por el número de Kilómetros totales adicionales a los previstos en la oferta del Consorcio y por tanto en el precio contractual que fueron objeto de mantenimiento,

De acuerdo a la Memoria Descriptiva, al resultado de dicha multiplicación, a la que se restó la suma de la oferta es de US\$ 1,282,574.25, que agregándole los gastos generales, la utilidad, reajuste dispuesto en el Laudo del 11 de diciembre de 2007 y el IGV correspondiente da un total de US\$ 2,217,148.64

Ahora bien, como aparece en la Memoria Descriptiva que se adjunta como Anexo, el quantum del daño causado a EL CONSORCIO no se limita al monto que resulta de calcularlo con los precios originales sino que debe incluir el reajuste de los precios del contrato como consecuencia del reajuste de la oferta mediante la aplicación del factor K-1.1106 dispuesto por el Laudo Arbitral 1. En consecuencia, la suma solicitada como indemnización incluye dicho reajuste.

Así, como ha sido expuesto en los antecedentes de la demanda, por Laudo de Derecho (Laudo 1) contenido en la Resolución No. 24 del 11 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral consideró que, de conformidad con lo dispuesto en las Instrucciones Generales de los Oferentes - que regulan el reajuste de la oferta económica por demora en la adjudicación -, las demoras en la adjudicación de la obra configuraban un supuesto de reajuste del precio del contrato, por lo que era necesario fijar el factor de dicho reajuste. De ese modo, **el Tribunal estableció que el CONSORCIO NESHUYA tenía derecho a un reajuste de la oferta, mediante la aplicación de un factor de reajuste de K=1.1106.**

Posteriormente, el Laudo Arbitral 2 expedido por Resolución No. 65 del 30 de octubre de 2009 (Ver páginas 187 a 196) resolvió la séptima pretensión de EL CONSORCIO por la que se solicitó que se "ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de US\$ 1,217,766.58, por concepto de la actualización de los precios ofertados por aplicación del factor de reajuste K=1.1106, a efectos que se obtenga un nuevo valor que debe ser incorporado en una liquidación de la obra."

El Tribunal Arbitral que dictó el Laudo 2, reconociendo el carácter de cosa juzgada del Laudo 1 que dispuso el reajuste de la oferta de acuerdo al factor indicado, estableció que correspondía aplicar a los montos reclamados por EL CONSORCIO en dicho segundo arbitraje (salvo la quinta pretensión) el coeficiente de variación K-1.1106. Expresamente, en el numeral 407 del Laudo 2 el Tribunal señaló "la principal consecuencia del carácter de cosa juzgada de una decisión es la imposibilidad de cualquier juzgador de desconocer o pretender revisar su contenido. Ello implicaría una violación al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva."

Toda vez que el reajuste de precios unitarios incluidos en la oferta económica, como consecuencia de lo ordenado en el Laudo 1, no solo afecta al Presupuesto Principal y a los seis

presupuestos adicionales, sino también al concepto reclamado por mantenimiento de tránsito y seguridad vial, se está considerando como indemnización por dicho concepto, como aparece en la página 7 de la Memoria Descriptiva, el reajuste en función al factor.

1.4 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Primera Pretensión Principal: *Que, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses como indemnización por el incumplimiento por esa entidad de sus obligaciones como contratante que obligaron a CONSORCIO NESHUYA a incurrir en sobrecostos imprevisibles al ejecutar los trabajos de mantenimiento de tránsito de la Obra materia del Contrato.*

Como pasaremos a explicar a continuación, PROVIAS incumplió diversas obligaciones contractuales durante la ejecución de la Obra, por lo que corresponde indemnizar al CONSORCIO NESHUYA por el daño ocasionado.

En concreto, PROVIAS incumplió las siguientes obligaciones:

- La Entidad no entregó el Tramo en las condiciones descritas en el Expediente Técnico
- La Entidad incumplió su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado, que reflejara la situación real de ejecución de la obra, el cual resultó incompatible con las condiciones reales existentes en el terreno al momento de ejecutar la Obra, lo que generó la necesidad de aprobación de presupuestos adicionales, con el consiguiente cambio de metodología constructiva y de ruta crítica, así como la extensión del plazo de ejecución original.
- Incumplió la obligación de ejecutar el Contrato de buena fe y cumplir con su deber de información.
- Incumplió con su obligación de ejercer la dirección y el control de la Obra. Si a criterio de la Entidad sólo se podría pagar el mayor costo incurrido mediante la tramitación de un presupuesto adicional, debió señalarlo inmediatamente y no esperar a que el Contratista continuara con la prestación hasta un punto en que la situación devino en irreversible.
- En el supuesto (que negamos) que PROVIAS haya considerado que se trataba de un adicional de obra, debió tramitar adecuadamente su aprobación y no lo hizo.

1.4.1 Marco teórico: la Responsabilidad Civil Contractual

La institución conocida como "Responsabilidad Civil" es un medio de tutela de situaciones jurídicas y que tiene una función satisfactiva, es decir, busca satisfacer el interés del sujeto afectado o, en su defecto, reparar el daño ocasionado.

Así, ESPINOZA ESPINOZA señala que *"se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela de los derechos que tiene por finalidad imponer al responsable la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado"*²³.

En ese sentido, la responsabilidad civil puede sustentarse en el incumplimiento de una obligación contractual (responsabilidad civil contractual) o en la vulneración del deber genérico de no ocasionar daños (responsabilidad civil extracontractual).

En particular, la responsabilidad civil contractual responde a un perjuicio al interés del acreedor de una relación jurídica, mediante el incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuosa de una obligación. Esta obligación puede estar contenida en un contrato o, de no estarlo, estar recogida por el ordenamiento como norma imperativa.

A mayor abundamiento, para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, corresponde analizar los elementos constitutivos de la misma, a saber:

- a) Ilícitud o antijuridicidad
- b) Factor de atribución
- c) Nexos causal
- d) Daño

a) La ilícitud o antijuridicidad

El daño que da lugar a la responsabilidad civil extracontractual debe derivarse de una conducta o actuación que contravenga nuestro ordenamiento, ya sea contra una norma específica, un principio del Derecho o el orden público y las buenas costumbres.

Así, en el caso de la responsabilidad civil contractual, se verifica la ilícitud o antijuridicidad en los supuestos donde se contravenga el principio de la obligatoriedad de los contratos regulado

²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

en el artículo 1361 del Código Civil, así como cuando se vulnera una norma imperativa estipulada por el ordenamiento.

b) El factor de atribución

En virtud del factor de atribución, se establece si existe un motivo para imputar la responsabilidad a un sujeto, imponiéndole así el perjuicio económico del daño.

Así, nos encontramos ante un "factor de atribución subjetivo" cuando el daño obedece a una conducta dolosa o culposa del responsable.

En cambio, el "factor de atribución objetivo" omite el análisis de dolo o culpa, centrándose más bien en la verificación de un daño en determinado supuesto. De esa manera, bastará la ocurrencia del supuesto determinado para imputar la responsabilidad civil.

c) El nexo causal

El nexo causal consiste en la determinación de la relación de causa - efecto entre el incumplimiento de la obligación y el propio daño.

De esa manera, en el caso de la responsabilidad civil contractual, el daño debe ser el resultado del incumplimiento de una estipulación contractual o de una norma imperativa que, por su naturaleza, forma parte del contrato.

d) El daño

La doctrina coincide en determinar que el daño puede ser de carácter extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona) o patrimonial (daño emergente y lucro cesante).

A efectos del presente caso, resulta importante precisar que el daño emergente busca restituir la pérdida sufrida a causa del incumplimiento contractual. En cambio, el lucro cesante se refiere a lo que no será percibido como consecuencia de dicho incumplimiento.

Por otro lado, es importante destacar lo señalado por TRAZEGNIES respecto a la certeza del daño:

2003. P. 31 y ss.

"Es preciso insistir en la condición esencial - también para el lucro cesante - de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del hecho dañino".

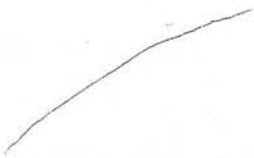
El deber de colaboración y la mora del acreedor

Estamos en el contexto de un contrato de obra donde PROVIAS ostenta la posición jurídica de acreedor y el CONSORCIO la posición jurídica de deudor de la obra.

La situación jurídica de PROVIAS como acreedor, no puede ni debe agotarse en recibir la obra terminada, pues para ello, es necesaria la permanente colaboración de PROVIAS durante toda la ejecución contractual, indispensable para que al Contratista le sea posible el cumplimiento de sus obligaciones.

Una de las muchas maneras como se concreta el deber de PROVIAS de colaboración, posiblemente la más significativa, es proporcionándole al Contratista un Expediente Técnico completo, suficiente e idóneo, que le permita cuantificar el alcance de las obras a ejecutarse, los riesgos involucrados, y posteriormente su correcta y completa ejecución, de manera tal que los objetivos contractuales sean alcanzados.

Por lo tanto, desde el momento en que PROVIAS no entrega un Expediente Técnico idóneo, incurre en incumplimiento de su deber de colaboración y queda automáticamente constituido en mora del acreedor, con todas las consecuencias inherentes a esta institución jurídica. La *mora creditoris* se mantiene, mientras no se subsane la demora en el cumplimiento. En este caso, como está acreditado, el Expediente Técnico no resultó idóneo para una adecuada cuantificación del alcance que sería ejecutado y el precio correspondiente, ni permitió la correcta y completa ejecución de la Obra, situación que se mantuvo constante durante toda su ejecución. Como hemos indicado, esta situación originó la necesidad de que PROVIAS tramitara hasta seis presupuestos adicionales, luego de lo cual, tampoco logró entregar un Expediente Técnico completo, pues como está acreditado en autos, incluso después de la tramitación del sexto y último presupuesto adicional, el Contratista tuvo que ejecutar mayores metrados que los aprobados, para que le fuese posible concluir la obra y garantizar su correcta ejecución por siete años.



Por lo tanto, PROVIAS no cumplió adecuadamente con su deber de colaboración, al no entregar un expediente técnico idóneo durante toda la ejecución contractual, incurriendo en mora del acreedor. Esta situación tiene como consecuencia que se trasladen los riesgos en cabeza del acreedor (PROVIAS) y supone también que el CONSORCIO debe ser indemnizado por los daños que esta situación pudiesen haberle generado.

Nótese que la mora del acreedor se inspira en la idea de la justicia. Es justo que PROVIAS como acreedor facilite el cumplimiento del CONSORCIO como deudor, y también es justo que PROVIAS sea quien responda por la inadecuación del Expediente Técnico.

Inadecuación que en este proceso se ve traducida en el mayor alcance del servicio de mantenimiento de tránsito que el Contratista debió realizar, y los mayores metros que tuvo que ejecutar para completar la obra según en conformidad con el alcance contratado y para que le fuera posible garantizar lo ejecutado conforme exige el contrato.

Lo mismo ocurre con la tramitación excesivamente larga o inexacta de los Presupuestos Adicionales de responsabilidad de PROVIAS y su Supervisión, que tuvieron un impacto en la ruta crítica de la obra y su plazo de ejecución, incrementando significativamente el costo de ejecución de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial.

La institución jurídica de la mora y sus consecuencias, como son la inversión del riesgo y el derecho al resarcimiento por los daños sufridos, incluso ante la ausencia de culpa e incluso por aquellos daños que no fue posible prever al momento de la celebración del Contrato, se encuentran plasmados en los artículos 1140º, 1339º, 1340º, 1784º y 1785º del Código Civil Peruano.

Siendo la elaboración y entrega de las especificaciones técnicas de la obra una obligación de PROVIAS, es ella la llamada a responder por los daños que generen su falta corrección o adecuación a la realidad del terreno o de la obra que debe ser ejecutada.

Por lo expuesto, el CONSORCIO NESHUYA tiene derecho a que se le indemnice por los daños sufridos como consecuencia de la mora de PROVIAS, tanto por no haber entregado un Expediente Técnico idóneo, como por las demoras incurridas para su adecuación o corrección.

En esta misma línea, como la tramitación de los Presupuestos Adicionales le correspondía al Supervisor, en su calidad de representante de PROVIAS, el incumplimiento de dicho trámite

será imputable exclusivamente a PROVIAS no correspondiendo que se traslade al CONSORCIO las consecuencias de dicho incumplimiento. PROVIAS no puede beneficiarse con el incumplimiento, por acción u omisión, de tramitar presupuestos adicionales cuando ello era de su responsabilidad.

En este mismo sentido no corresponde que el CONSORCIO soporte el riesgo de funcionamiento de la Administración pública en lo que se refiere a la aprobación de presupuestos adicionales. Tampoco corresponde que PROVIAS se escude en deficiencias de forma para no reconocer los daños causados al CONSORCIO, más aún cuando el CONSORCIO no pudo evitar dicho riesgo.

1.4.2 PROVIAS incumplió su obligación de ejecutar el Contrato de Buena Fe y su Deber de Información


a) Marco teórico: El principio de buena fe y el deber de información

El artículo 1362 del Código Civil establece lo siguiente:

*"Artículo 1362.- Los contratos deben **negociarse, celebrarse y ejecutarse** según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".*

Al respecto, DE LA PUENTE ha explicado que la buena fe es un principio de la conducta humana, que ha sido incorporado al Derecho y convertido en un "concepto jurídico", con efectos jurídicos propios, por lo que la buena fe como conducta humana se convirtió en una "buena fe civil". A mayor abundamiento, el profesor DE LA PUENTE concluye que "la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo"²⁴.

En ese sentido, el principio de buena fe ha sido recogido por nuestro ordenamiento en dos dimensiones:

- 
- (i) Dimensión subjetiva: referida a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En este caso se habla de la "buena fe creencia".
 - (ii) Dimensión objetiva: referida a la buena fe como una regla de conducta, que guía la actuación leal del sujeto. En este caso se habla de "buena fe lealtad".

En el presente caso, la buena fe que debió desplegar PROVIAS hacia el CONSORCIO

²⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en general – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil". Tomo I. Palestra Editores. Lima. 2000. P. 275.

NESHUYA es fundamentalmente objetiva, es decir, se trata de la "buena fe lealtad" y por lo tanto se impone como regla de conducta a las partes.

Ahora bien, la buena fe lealtad se traduce en diferentes manifestaciones, que deben ser respetadas por las partes contratantes. En efecto, LEÓN HILARIO ha señalado lo siguiente:

*"En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, **información**, puntualidad, rectitud, etc.*

*En el lenguaje de los juristas italianos, **este último conjunto de fenómenos** – que son, apréciase bien, comportamientos concretos y vinculados, exclusivamente, con el derecho de obligaciones y contratos – **es englobado en el concepto de buena fe en sentido objetivo**".*
(Resaltado agregado)

De esa manera, existe una obligación de las partes de mantenerse recíprocamente informadas sobre todas las circunstancias referidas al contrato. El ordenamiento, pues, impone un **DEBER DE INFORMACIÓN** a las partes.

En efecto, siendo el ya citado artículo 1362 del Código Civil – que regula el principio de buena fe de las partes – una norma imperativa, en atención al principio de integración contractual, dicha norma forma parte de todo contrato y, por tanto, **el no negociar, celebrar o ejecutar un contrato de buena fe importa un incumplimiento contractual**, con todas las consecuencias legales que éste produce.

b) ¿Cómo incumplió PROVÍAS el Principio de Buena Fe y el Deber de Información?

Durante el proceso de selección, PROVÍAS proporcionó a los postores un cronograma indicando con detalle la fecha límite de suscripción del contrato y la fecha límite para el inicio de labores, así como el plazo máximo de ejecución de la obra.

Sin embargo, por causas imputables a PROVÍAS y al BID, se produjeron diversas demoras. Por ello, la suscripción del Contrato de Obra – inicialmente prevista por PROVÍAS para los primeros días de marzo del año 2004 – se realizó el 23 de noviembre de 2004. La consecuencia directa de ello es que se debió postergar el inicio de la ejecución de obra hasta el 01 de abril de 2005.

Así, como ya hemos señalado, entre la suscripción del contrato y la entrega del terreno, el Gobierno Regional de Ucayali procedió a retirar la carpeta asfáltica, lo cual deterioró las condiciones y obligó al CONSORCIO NESHUYA a efectuar mayores gastos por el mantenimiento de tránsito y seguridad vial. Más aún, al ampliarse el plazo de ejecución en 280 días calendario: del plazo original de 540 días a un total de 820 días calendario.

Sin embargo, PROVÍAS nunca informó al CONSORCIO NESHUYA sobre las modificaciones del terreno, pese a que era su responsabilidad entregarlo en las condiciones ofrecidas en la Licitación.

En ese sentido, podemos ver que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual:

a) Ilícitud o antijuridicidad:

PROVÍAS incumplió con informar al CONSORCIO NESHUYA sobre la modificación de las condiciones del terreno, configurando así una vulneración a su deber de información y al principio de buena fe que forma parte del Contrato de Obra.

En ese sentido, pese a que PROVÍAS estaba obligado por el deber de negociar y ejecutar el contrato de buena fe a proporcionar al contratista toda la información relevante respecto a las modificaciones del terreno, nunca comunicó al CONSORCIO NESHUYA sobre el levantamiento de la carpeta asfáltica por parte del Gobierno Regional de Ucayali.

CONSORCIO NESHUYA solo toma conocimiento de la situación cuando le es entregado el terreno y se le exige mantenimiento sin que tuviera otra alternativa que ejecutar la actividad.

b) Factor de atribución:

PROVÍAS incumplió una obligación fundamental a su cargo puesto que, no informó al CONSORCIO NESHUYA de la grave modificación de las condiciones del terreno.

Por ello, consideramos que se ha configurado un supuesto de dolo incidental,

regulado por el artículo 211 del Código Civil²⁵. En ese sentido, la omisión dolosa de informar al CONSORCIO NESHUYA sobre las verdaderas condiciones de la carpeta asfáltica configuran la responsabilidad civil contractual de PROVÍAS.

c) Nexo causal:

Está fuera de discusión que el hecho generador del daño – es decir, la omisión de informar al CONSORCIO NESHUYA sobre la variación de las condiciones del terreno – configuró que el CONSORCIO se vea obligado a asumir una actividad con claros sobrecostos de tener que ejecutar el mantenimiento de tránsito y seguridad de una vía en malas condiciones.

d) Daño:

Como acreditamos en el presente escrito, los mayores costos por mantenimiento de tránsito han ocasionado un daño patrimonial cierto al CONSORCIO NESHUYA, que acreditamos con el Anexo 2.66 de esta demanda.

1.4.3 PROVÍAS incumplió su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado

a) Sobre el Expediente Técnico

El artículo 2.20 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, dispone la siguiente definición:

“Artículo 2.- Definiciones

Para los efectos del presente Reglamento, se entiende por:

[...]

*20. Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, **estudio de suelos**, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”. (Resaltado agregado)*

En efecto, en el numeral 2.1 del Segundo Capítulo del Volumen II del Expediente Técnico del presente caso se incluyó un Estudio de Suelos que, como ya hemos

²⁵ “Artículo 211.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe

manifestado, no coincidía con la realidad al momento de iniciar la ejecución de la Obra.

b) ¿Cómo incumplió PROVÍAS su obligación de mantener actualizado el Expediente Técnico?

Como es evidente, el motivo por el cual se incluyó un Estudio de Suelos en el Expediente Técnico es, precisamente, para que el contratista – en este caso, el CONSORCIO NESHUYA – pudiera conocer con exactitud las labores que deberían realizarse.

Sin embargo, PROVÍAS no cumplió con incluir las modificaciones del terreno, generando un daño al CONSORCIO NESHUYA, pues no pudo prever los mayores costos de mantenimiento de tránsito que el levantamiento de la carpeta asfáltica supondría.

Es responsabilidad de PROVÍAS garantizar al contratista la idoneidad del Expediente Técnico, tanto es así que incluso a sabiendas que su condición no era la adecuada, al momento de la firma de la Adenda al Contrato de Obra PROVÍAS no informó a EL CONSORCIO de la real situación de la carretera.

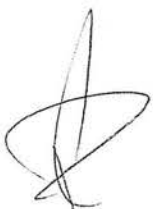
En ese sentido, podemos ver que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual:

a) Ilicitud o antijuridicidad:

PROVÍAS no cumplió con entregar un Expediente Técnico que reflejara la realidad del terreno al momento de iniciar la obra.

b) Factor de atribución:

PROVÍAS incurrió en un supuesto de dolo incidental, pues pese a tener conocimiento de la modificación de las condiciones del terreno, omitió introducir dichos cambios en el Expediente Técnico.



responderá de la indemnización de daños y perjuicios".

c) Nexo causal:

Dado que el Expediente Técnico no reflejaba las verdaderas condiciones del terreno, el CONSORCIO NESHUYA no pudo prever el incremento en los costos por mantenimiento de tránsito.

d) Daño:

Como acreditamos en el presente escrito, los mayores costos por mantenimiento de tránsito han ocasionado un daño patrimonial cierto al CONSORCIO NESHUYA (Ver Anexo 2-66)

1.4.4 PROVIAS incumplió su obligación de entregar el terreno en las condiciones ofrecidas y descritas en el Expediente Técnico

Sin perjuicio de lo manifestado en el numeral anterior respecto a la obligación de PROVIAS de proporcionar un Expediente Técnico veraz, debemos señalar que dicha entidad se encuentra obligada, también, a entregar el terreno en las condiciones en que fue ofrecido.

De esa manera, era obligación de PROVIAS garantizar que, o bien no se produjeran alteraciones en el terreno, o bien, de producirse tales alteraciones, su influencia sobre el Contrato de Obra fuera tomada en cuenta.

En ese sentido, podemos ver que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual:

a) Ilícitud o antijuridicidad:

PROVIAS no cumplió con entregar el terreno en las condiciones en que lo ofreció, vale decir, de acuerdo a las condiciones que se indicaban en el Expediente Técnico.

b) Factor de atribución:

PROVIAS incurrió en un supuesto de dolo incidental, pues entregó el terreno con

condiciones distintas, pese a que estaba en la obligación de garantizar la entrega del mismo en las condiciones ofrecidas. Así, en el Expediente Técnico se indicaba que la vía tenía 16.1 Km con carpeta asfáltica levantada, sin embargo, al entregarse a EL CONSORCIO el terreno, se comprobó que eran 39.34 km los que se encontraban en dicha situación.

c) Nexo causal:

Dado que el terreno entregado no coincidía con lo ofertado inicialmente, el CONSORCIO NESHUYA no pudo prever el incremento en los costos por mantenimiento de tránsito.

d) Daño:

Como acreditamos en el presente escrito, los mayores costos por mantenimiento de tránsito han ocasionado un daño patrimonial cierto al CONSORCIO NESHUYA. (Ver Anexo 2.66)

1.4.5 Sobre la negada tramitación de un presupuesto adicional para pagar los mayores gastos por mantenimiento de tránsito y el incumplimiento de PROVIAS de su obligación de ejercer la dirección y el control de la obra

Consideramos oportuno precisar que, en nuestra opinión, el presente reclamo por concepto de mayores gastos por mantenimiento de tránsito **no** califica como "obras adicionales".

En efecto, según el numeral 14.1 de la Condiciones Especiales del Contrato (CEC), se dispone que son obras adicionales aquellas "**que no han sido consideradas en el Expediente Técnico** y son necesarias para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal" (Resaltado agregado).

Al respecto, debemos señalar que el mantenimiento de tránsito **sí** estaba previsto en el Expediente Técnico y no constituye en realidad una obra sino una actividad.

Ahora bien, en el supuesto negado que el Tribunal Arbitral considere que, el presente reclamo debió ser tramitado como un adicional, debe tenerse en cuenta que **no existe** una disposición que indique que el trámite de adicionales corresponde al contratista - en

este caso, el CONSORCIO NESHUYA -, sino que, por el contrario, **el Contrato de Obra indica que tal trámite corresponde a la Supervisión y a PROVIAS.**

Efectivamente, la Cláusula 14.1 de las CEC indica que la ejecución de obras adicionales se hará en base al proyecto presentado por la Supervisión y aprobado por PROVIAS.

En efecto, si la Supervisión y PROVIAS que estaban al tanto de las situaciones especiales que han dado origen a los reclamos, las conceptualizaba como obras adicionales (repetimos, no consideramos que sean tales), o pensaba que debía someter los mayores costos al trámite para obras adicionales, debió hacerlo. Debió ejercer el control y dirección de la obra y no lo hizo.

En efecto, los hechos que generan el mayor costo por mantenimiento de tránsito fueron de conocimiento de la Supervisión, y siendo así, no habría justificación para que conociendo esto, si consideraba que existía un trámite a seguir, no lo haya iniciado.

Es particularmente relevante, el Contrato entre la Supervisión y la Entidad, que se adjunta como Anexo 2.70. En las Cláusulas 8.9 y 9 del referido contrato, consta primero la obligación del Supervisor de informar a la Entidad de la necesidad de ejecutar obras adicionales. Nos preguntamos pues, si la Supervisión conocía sin lugar a dudas estos mayores costos y los conceptualizaba como adicionales, porqué no informó a la Entidad de la necesidad de ejecutarlos o de tramitar alguna aprobación.

En estas cláusulas consta también la obligación del Supervisor, de sustentar y presentar los documentos para los trámites de adicionales. Nuevamente nos preguntamos. Si esto era así de acuerdo a su contrato, y si el Supervisor consideraba que conceptualmente cualquier mayor costo era un adicional (cosa que no resulta de la definición de obras adicionales del contrato) por qué conociendo los mayores costos que se generaron, no los presentó y tramitó para su pago por la Entidad.

De otro lado, debemos dejar constancia que la obligación de tramitar los adicionales no ha sido adjudicada al CONSORCIO NESHUYA en el contrato ni tampoco le ha sido adjudicada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones o las Directivas de Contraloría de la República.

Por ese motivo, si PROVIAS efectivamente consideró el reclamo por mayores costos por

mantenimiento de tránsito, estaba obligado a tramitarlo como adicional.

En consecuencia, y en atención a que no cumplió con hacerlo, el CONSORCIO debe ser indemnizado por dicho concepto.

Al respecto, podemos ver que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad civil contractual:

- a) **Ilicitud o antijuridicidad:**
PROVIAS no cumplió con tramitar como adicionales los reclamos por mayores costos ocasionados por el mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
- b) **Factor de atribución:**
PROVIAS incurrió en un supuesto de culpa inexcusable, pues el trámite de dicho adicional era de su entera responsabilidad.
- c) **Nexo causal:**
Dado que PROVIAS no tramitó los adicionales, el CONSORCIO NESHUYA no ha recibido el monto que corresponde a los mayores costos en que incurrió.
- d) **Daño:**
Al no recibir los mayores costos, se configuró un perjuicio patrimonial al CONSORCIO NESHUYA, que se acredita con el Anexo 2.66.

1.5 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: *Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal, se ordene a PROVIAS el pago de US\$ 2,217,148.64, más intereses como indemnización por abuso del derecho al haber exigido a CONSORCIO NESHUYA ejecutar la actividad mantenimiento de tránsito sin reconocer que el cambio de condiciones y la extensión del plazo contractual generó un excesivo mayor costo".*

En el supuesto negado que el Tribunal de su Presidencia considere que PROVIAS no incurrió en un supuesto de incumplimiento contractual, como hemos referido en la Primera Pretensión Principal, solicitamos se sirva declarar que PROVIAS sí ha cometido un abuso de derecho que debe ser indemnizado, en atención a los fundamentos que

pasamos a exponer:

1.5.1 Sobre el abuso de derecho

El Código Civil peruano es claro al sancionar expresamente el abuso de derecho, el cual consiste en el ejercicio antisocial y disfuncional de un supuesto derecho subjetivo reconocido por ley. Así, si bien el punto de partida es un derecho, su ejercicio deviene en irregular y no tiene amparo legal.

En efecto, de acuerdo con el artículo II del Título Preliminar del Código Civil:

"Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."

Respecto al abuso de derecho, FERNANDEZ SESSAREGO²⁶ ha sido claro al desarrollar lo siguiente:

*"El abuso de derecho es sólo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, **sin causar lesión o daño a los intereses ajenos no protegidos por normas específicas**.*

Mediante el principio del abuso del derecho se tiende a equilibrar la legítima actuación de los derechos individuales, indispensables para la realización de la persona humana, con los intereses de la colectividad. Es obvio, por lo demás, que quien abusa en el ejercicio o en el no uso de un determinado derecho subjetivo, atenta contra un interés ajeno que, en última instancia, limita o imposibilita la realización del proyecto existencial de otra persona. El derecho es el difícil arte de armonizar intereses con el fin de que cada uno pueda, sin lesionar intereses comunitarios, realizar su proyecto personal.
(Resaltado agregado)

Por su parte, RUBIO CORREA²⁷ ha manifestado lo siguiente:

"[...] el abuso del derecho nació como una institución jurídica correspondiente al reconocimiento extensivo de la libertad, y que

²⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del Derecho". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992. Pág. 12 - 13.

²⁷ RUBIO CORREA, Marcial. "Para Leer el Código Civil". Volumen II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. P. 20.

permite al juez calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad."

Al respecto, MOSSET ITURRASPE²⁸ explica lo siguiente:

"Si bien es misión del legislador fijar los derechos subjetivos, sus contenidos y límites, no es posible pretender que las normas legales, que deben ser genéricas y abstractas, y a la vez amplias y flexibles, lo prevean y lo reglamenten todo. La precisión en los detalles, el casuismo, no se compadecen con las virtudes exigidas a la ley. Por lo demás, es innegable que dictada la norma legal, se pone en marcha el ingenio de algunos hombres de derecho orientado a eludir la preceptiva, a burlar la ley. De ahí que sea necesario ampliar el campo de la antijuridicidad, colocando, junto a la antijuridicidad formal –que parte del principio de que una acción es tal sólo y porque es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir-, la antijuridicidad material; y, además de ello, al lado del acto contrario a derecho –por violar el plexo normativo, haciendo lo que la norma prohíbe o no haciendo lo que ella manda- el acto en fraude del derecho, y, como una tercera categoría, aquel que importa un ejercicio abusivo del derecho".

1.5.2 ¿Cómo sanciona nuestro ordenamiento el abuso de derecho?

Nuestro ordenamiento sanciona expresamente el abuso del derecho. Así, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil es concluyente al sancionar con responsabilidad susceptible de ser indemnizada, el ejercicio abusivo de un derecho.

Al respecto, FERNÁNDEZ SESSAREGO²⁹ sostiene lo siguiente:

"La condena del abuso del derecho, bajo cualquiera de sus modalidades o manifestaciones de conducta, se impone a través del principio o cláusula general contenida en el artículo II del Título Preliminar (del Código Civil) cuando se lee que "la ley no ampara el abuso del derecho". Es un claro y genérico deber jurídico que cubre todas las relaciones de conducta que informa todo el sistema. Por ello, en esta hipótesis, no existe en sentido estricto una laguna de la ley –y menos del Derecho- sino el deber del juez de integrar el caso sometido a su jurisdicción dentro de la referida cláusula general." (resaltado agregado)



A mayor abundamiento, con relación a la posibilidad de solicitar una indemnización por el daño irrogado de la conducta abusiva, FERNÁNDEZ SESSAREGO concluye lo siguiente:

²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Justicia Contractual". Ediar S.A. Buenos Aires. Pág. 65.

"En ese sentido, el numeral autoriza al interesado a solicitar que se adopten las medidas que fueren necesarias para impedir la realización de un acto que estaría destinado a lesionar sus intereses. Además, como es obvio, prescribe que es materia de indemnización el daño en que se haya incurrido con ocasión del abuso."³⁰

[...]

El interesado tiene, además, la posibilidad de reclamar la indemnización del daño que se hubiera generado. Todo lo expuesto significa que la norma relativa al abuso del derecho señala las consecuencias que pueden derivarse del mismo, sin necesidad de referirse a las normas de la responsabilidad civil.³¹

[...]


Hemos ya precisado que el daño no es un elemento esencial del acto abusivo, sino tan sólo el presupuesto para los efectos reparatorios. Tan es así que el propio texto del artículo II del Título Preliminar del Código vigente señala que el interesado puede exigir "en su caso, la indemnización que corresponda."³² (resaltado agregado)

En ese sentido, "se incurre en abuso de derecho cuando, en el ejercicio de tal derecho, el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho"³³.

En ese sentido, está fuera de discusión que nuestro ordenamiento no sólo rechaza el abuso de derecho sino que, en la eventualidad de su verificación en la realidad, lo sanciona con la facultad del perjudicado de solicitar una indemnización por los daños ocasionados.

1.5.3 Derechos de los cuales abusó PROVIAS:

- A) De su derecho a exigir al CONSORCIO NESHUYA la actividad de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la carretera, de manera permanente e ininterrumpida durante toda la ejecución de la obra.
- B) De su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.
- C) De su derecho contractual a recibir la prestación de EL CONSORCIO, reconociéndole los mayores costos involucrados.

 En atención a lo expuesto, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse sobre la

²⁹ Fernández Sessarego, Carlos. Op. Cit. P. 309 – 310.

³⁰ Ídem. P. 302.

³¹ Ídem. P. 306.

³² Ídem. P. 307.

³³ LEÓN BARANDIARÁN, José. "Título preliminar. Exposición de motivos del Código Civil de 1984". Lima. P.

configuración de un abuso de derecho.

Así si el Tribunal considerase que de la literalidad del contrato y de las normas no hay en estricto un incumplimiento de obligaciones de PROVÍAS y esta puede exigir la prestación del mantenimiento de solicitamos que el Tribunal declare la configuración de un abuso de derecho y ordene la indemnización correspondiente.

Basamos nuestro pedido en que de darse este supuesto resultaría evidente, que el ejercer el derecho de exigir la prestación sin tomar en cuenta el cambio de condiciones constituye un abuso del derecho que no debe permitirse

En atención a lo expuesto, solicitamos al Tribunal de su Presidencia que declare **FUNDADA** la presente pretensión.

1.6 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Pretensión Subordinada a la Pretensión Subordinada A La Primera Pretensión Principal: *Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal y su pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses por concepto de enriquecimiento sin causa".*

En el supuesto negado que el Tribunal de su Presidencia decida, también, desestimar la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, negando un supuesto de abuso de derecho, consideramos que el CONSORCIO NESHUYA tiene derecho a que se le reconozca el pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa, es decir, la pretensión planteada tiene sustento en el ya mencionado artículo 1954 del Código Civil.

En ese sentido, como explicaremos en el presente apartado, de considerar el Tribunal que no aplica a este caso la pretensión principal ni su primera pretensión subordinada, se habría agotado la posibilidad de acciones alternativas, y sino que además se habrían verificado los requisitos para que proceda el amparo de esta figura, a saber: i) el enriquecimiento del patrimonio de PROVÍAS, ii) el empobrecimiento correlativo del patrimonio del CONSORCIO; y iii) la ausencia de una causa que origine tal desequilibrio.

1.6.1 Sobre el Enriquecimiento sin causa

a) Marco teórico general

La institución del enriquecimiento sin causa, constituye una fuente autónoma de obligaciones que regula el Código civil. El artículo 1954° de dicho Código, señala que *"aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."*

El enriquecimiento sin causa es una institución moderna que proviene de los términos latinos *requesere*, que significa riqueza o hacer rico y de *sine causam*, que equivale a sin causa o, no hay causa que lo justifique. Se trata de un principio del Derecho Romano que aparece consagrado en el texto de Pomponio: *"por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro"*³⁴.

Siguiendo a OSTERLING y CASTILLO³⁵, esta acción *"procede en aquellas hipótesis en las que se presente el aumento de un patrimonio en perjuicio de otro, no justificado por una causa jurídica y siempre que no resulte de aplicación otra acción del derecho común."*

En este caso, por tratarse de una pretensión subordinada, queda claro que de ser amparada implicará el reconocimiento de que se trata de la única vía para formular el reclamo, al haberse desestimado la Primera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Subordinada.

La doctrina establece que el enriquecimiento sin causa se produce cuando alguien incrementa su patrimonio o evita que su patrimonio disminuya, a costa de otra persona, sin compensación adecuada para esta última. Es decir, se produce un "enriquecimiento" de A, pero merced y a causa de un "empobrecimiento" de B. A aumenta su patrimonio (o lo preserva de disminución) mientras que por tal razón B disminuye su patrimonio (o pierde el aumento del mismo que le correspondía). El equilibrio en las relaciones interpersonales, requisito de la justicia, se rompe con el acto que constituye el enriquecimiento sin causa, que por ello la doctrina y alguna legislación lo califica de enriquecimiento ilícito.



³⁴
³⁵

PERALTA ANDIA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda. *"Fuentes de las Obligaciones"*. IDEMSA, Lima, 2005.
CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*, Op. cit., pág. 144.

Al respecto, ENNECCERUS³⁶ señala que el perjudicado podrá dirigir "contra el enriquecido una pretensión para que entregue aquello en que injustamente se enriqueció, o sea una *condictio*. Esta pretensión no nace por el solo hecho de que uno se enriquezca a costa de otro; deben mediar razones especiales que hagan aparecer este enriquecimiento "injustificado", es decir, que no sea conforme a la justicia y a la equidad".

De la propia definición fluyen los requisitos de esta institución, que son:

- (i) El enriquecimiento de un patrimonio;
- (ii) El empobrecimiento correlativo de otro; y
- (iii) La ausencia de una causa que origine tal desequilibrio.

En cuanto a los dos primeros requisitos, el carácter patrimonial del enriquecimiento puede deducirse del término "a expensas de otro" que el citado artículo 1954 utiliza, es decir, que debe haberse producido en perjuicio o contra el derecho de otro.

El enriquecimiento debe entenderse en su sentido más lato, pues la Exposición de Motivos del Código³⁷ señala que "éste debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente – como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión ya sea pasivamente – como el **ahorro de un gasto inminente y de otro modo inevitable. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio.**"

Por su parte, MOSCATI³⁸ señala que "el enriquecimiento consiste en el hecho objetivo de haber conseguido un incremento en la esfera de ventajas de las que goza un sujeto. El incremento puede tener carácter patrimonial, es decir, ser económicamente valorable; este, sin embargo, no solo puede materializarse en un aumento del patrimonio estrictamente considerado, sino también puede revelarse a través de un gasto necesario no efectuado, lo que comúnmente se denomina ahorro."

Esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso. De ampararse lo pretendido por

³⁶ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II-2º, vol. 2º. Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, traducción española con anotaciones de Blas Pérez Gonzales y José Alguer, tercera edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por José Ferrandis Vilella. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1966.

³⁷ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO CIVIL. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Segunda Edición, Tomo VI, 1988, pág. 775.

³⁸ MOSCATI, Enrico. "Fonti legali e fonti "private" delle obbligación". Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). Padova,

PROVÍAS, que se ha negado a reconocer dentro de la Liquidación Final de la Obra, las sumas reclamadas, PROVÍAS terminará incorporando a su patrimonio una obra cuyo costo no ha sido solventado por ella. No hay duda alguna que el Estado se beneficiará con el ahorro de los mayores costos que, en principio, le correspondía asumir a ella y no al contratista.

En cuanto al tercer requisito, el enriquecimiento debe ser injusto, esto es, no debe existir una relación patrimonial que lo sustente y respalde. Se entiende por "ausencia de causa" cuando falta título o razón de ser del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento del patrimonio del empobrecido.

DELIA REVOREDO³⁹ menciona que, *"el enriquecimiento es injusto cuando carece de una relación patrimonial que lo sustente y respalde, o aunque ésta haya existido, el perjudicado renuncie lícitamente y conscientemente a su derecho. Hay, pues, ausencia de causa en sentido de falta de título o razón de ser del enriquecimiento del enriquecido y del correlativo empobrecimiento del empobrecido. También se tipifica el enriquecimiento sin causa cuando ésta ha existido pero desapareció luego."*

En el presente caso, se verifica plenamente este tercer requisito, es decir, i) no hay en el Contrato ninguna cláusula que justifique que el CONSORCIO deba asumir los gastos que realizó para sustentar la necesidad de modificación del Expediente Técnico de Obra; ii) no hay justificación para que el CONSORCIO tenga que asumir los mayores gastos por mantenimiento de tránsito y seguridad vial, que se han producido por razones ajenas a él, esto es, debido a que el terreno no estaba en las condiciones previstas en el Proyecto y a las prórrogas de plazo que no son atribuibles en modo alguno al CONSORCIO; iii) No existe una justificación para que, pese a haber actuado diligentemente al establecer sus precios unitarios, el CONSORCIO deba asumir con su propio patrimonio el mayor costo que significó ejecutar la obra, como consecuencia el aumento del precio de los insumos utilizados y de la devaluación del tipo de cambio del dólar americano; iv) no existe justificación alguna para que el CONSORCIO tenga que asumir los mayores gastos generados como consecuencia del cambio del régimen de explotación de canteras; (v) no existe justificación alguna para que el CONSORCIO tenga que asumir los mayores gastos generados como consecuencia de la ejecución de mayores metrados; y finalmente, vi) No

1999.

³⁹ REVOREDO MARSANO, Delia. "Enriquecimiento sin causa: comentarios". CODIGO CIVIL, Lima, 1985. T. IV, P. 773 - 779.

existe ninguna razón para que el CONSORCIO deba asumir el mayor costo directo que se produjo en la obra durante paralizaciones que la propia PROVIAS ha reconocido que no son imputables al contratista.

Conforme a lo señalado, queda absolutamente claro que se verifica el cumplimiento de los tres requisitos antes descritos, por lo que, en tal situación, procede la indemnización a la que se refiere el artículo 1954 en favor de quien se ha visto empobrecido.

Ahora bien, con relación a la indemnización, ésta consiste en la restitución de la cosa objeto del enriquecimiento si ésta obra aún en poder del enriquecido o del valor de la misma si el enriquecido dispuso de ella.

Adicionalmente, siguiendo a OSTERLING y CASTILLO⁴⁰, en nuestra legislación, *"la restitución no se limita al valor de la prestación o a ella misma, pues según se verá en el análisis de los artículos 1269 y 1271 del Código Civil Peruano, ésta podría extenderse además a los intereses y frutos"*.

En tal sentido, la acción para reclamar la indemnización es una de restitución, llamada *in rem verso*, sin perjuicio del derecho a los intereses y frutos a los que se refieren los mencionados autores, la cual difiere de la acción general indemnizatoria por daños, en que no cabe culpa o dolo contractual ni extracontractual pues falta necesariamente la causa jurídica en la transmisión de valores.

Desde luego, es evidente que procede también una indemnización en sí misma por el monto del mayor perjuicio ocasionado por una eventual mala fe del enriquecido. Esto lo confirma expresamente la misma Exposición de Motivos del Código⁴¹.

En resumidas cuentas, debe pues tenerse en consideración, como destaca BONNECASE⁴², que *"esta acción de enriquecimiento sin causa no puede ser ninguna fuente de provecho para el actor ni una fuente de pérdida para el demandado"* (Resaltado agregado). Por ello, adicionalmente a la restitución de la prestación o su valor, y a los intereses y frutos, cabría el pago de una indemnización por los daños causados a fin de restablecer plenamente el equilibrio, el cual por lo demás constituye el propósito de la acción de

⁴⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Op. cit., pág. 144.

⁴¹ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO CIVIL. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Op. cit., P.. 777-778.

⁴² BONNECASE, Julien. Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Traducción de José M. Cajica Jr. Tomo II,

enriquecimiento sin causa.

Así, resulta de aplicación el artículo 1321 del Código civil, según el cual *"queda sujeto a la indemnización de daños quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)"*

Como señala OSTERLING⁴³, *"la indemnización para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321 del Código civil, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante."*

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que el CONSORCIO tiene derecho a obtener una indemnización (restitución del valor de la obra, así como a los intereses y frutos) producto del enriquecimiento indebido obtenido por PROVÍAS a expensas de nuestro patrimonio, claro está, ello siempre que nuestras pretensiones principales, en cada caso, fueran desestimadas.

b) PROVÍAS se enriqueció indebidamente a expensas del CONSORCIO NESHUYA

En este caso concreto, el patrimonio del CONSORCIO NESHUYA viene siendo afectado por PROVÍAS, que se niega a reconocer la suma de US\$ 2,217,148.64 por concepto de mayores costos incurridos por el servicio de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial recibido durante toda la ejecución de la obra, cuando el mayor alcance ejecutado fue una consecuencia de diversos hechos atribuibles a PROVÍAS.

Por ello, solicitamos al Tribunal de su Presidencia que se sirva declarar **FUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

II. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: MAYORES COSTOS PARA LA EJECUCIÓN DE MAYORES METRADOS

⁴³ Puebla: Biblioteca Jurídica-Sociológica, 1945, P. 31.
OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, Vol. VI, P. 208.

2.1 ¿SOBRE QUÉ VERSA LA PRESENTE CONTROVERSI A?

La presente controversia versa sobre el derecho del CONSORCIO NESHUYA a ser indemnizado por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de una serie de obligaciones contractuales por parte de PROVIAS según explicamos a continuación.

2.2 FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS SUBORDINADAS

Alcances de la Pretensión:

La pretensión tiene por objeto que PROVÍAS pague una indemnización a EL CONSORCIO ascendente a la suma de **US\$ 1,457,520.59**, por el daño que le ha generado la ejecución de mayores metrados necesarios para completar la obra que no le fueron reconocidos ni pagados.

Sobre el particular, PROVÍAS pretende desconocer los mayores gastos en que se incurrió con el objeto de finalizar la obra materia del Contrato, no obstante que las mismas corresponden a mayores metrados que efectivamente recibió y no pago al Contratista y que se ejecutaron por ser absolutamente indispensables para culminar la obra pactada.

El origen de que se haya ejecutado mayores metrados que los previstos se da porque hubo:

- (i) Mayores metrados tramitados a través del procedimiento de aprobación del Presupuesto Adicional de Obra No. 06 pero desestimados por la Contraloría General de la República debido a que PROVÍAS no le proporcionó –existiendo el sustento suficiente que justificara la necesidad y procedencia de la aprobación de la ejecución de dichos mayores metrados.
- (ii) Mayores metrados cuya ejecución pudo ser verificada al momento de la realización del cálculo de metrados finales y que no fueron tramitados por PROVÍAS vía el procedimiento de aprobación de adicionales de obra.

Hechos relevantes:

Mediante anotación en el Cuaderno de Obra (Asiento No. 717 del 28 de febrero de 2007 que adjuntamos como Anexo 2.25), el CONSORCIO NESHUYA comunicó a la Supervisión la conclusión de la totalidad de la ejecución de la obra materia del Contrato, solicitando la correspondiente Recepción de Obra, de conformidad con lo establecido en la cláusula 14.2 del Contrato de Obra.

En consecuencia, la Recepción de la Obra fue llevada a cabo entre los días 07 a 09 de marzo de 2007, suscribiéndose el Acta de Recepción Definitiva de la Obra sin observaciones, con fecha 09 de marzo de 2007, donde se verificó la culminación de la misma "[...] de acuerdo a lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, procediéndose a "Recepción de Obra" Sin observaciones [...]". Esta Acta fue firmada en señal de conformidad por los cinco miembros de la Comisión de Recepción de PROVÍAS, entre los cuales estuvo el Supervisor.

Mediante Carta CNE-014/07.RDLF.PCB remitida al Supervisor con fecha 03 de abril de 2007, EL CONSORCIO hizo entrega de la Liquidación Final del Contrato de Obra, en la cual fueron consignados los mayores costos incurridos como consecuencia de la ejecución de mayores metrados. A fojas 23 del referido documento, EL CONSORCIO señaló los mayores gastos incurridos como consecuencia de la ejecución de mayores metrados, estableciendo como costo total por dicho concepto la suma de US\$ 1'182,223.08 (Un millón ciento ochenta y dos mil doscientos veintitrés con 08/100 Dólares Americanos), sin incluir IGV.

De acuerdo con la información consignada en el "**Cuadro Resumen Final de Metrados Ejecutados**" que forma parte de la Liquidación de Obra (foja 24), se tiene que los mayores costos incurridos por EL CONSORCIO como consecuencia de la ejecución de mayores metrados ascendió a un monto total de **US\$ 1'312,372.38** (Un millón trescientos doce mil trescientos setenta y dos con 38/100 Dólares Americanos).



Esta suma incluye los siguientes conceptos:

- **US\$ 843,145.21** (Ochocientos cuarenta y tres mil ciento cuarenta y cinco con 21/100 Dólares Americanos) por concepto de costos directos.

- **US\$ 170,315.33** (Ciento setenta mil trescientos quince con 33/100 Dólares Americanos) por concepto de gastos generales.
- **US\$ 89,373.39** (Ochenta y nueve mil trescientos setenta y tres con 39/100 Dólares Americanos) por concepto de utilidades.
- **US\$ 209,538.45** (Doscientos nueve mil quinientos treinta y ocho con 45/100 Dólares Americanos) por concepto de I.G.V.

En el siguiente Cuadro se detalla por Partidas todas las que constituyen el objeto de esta pretensión:

Cuadro N° 01

		Valorización de Mayores Metrados (US\$)
	<i>Partidas</i>	
200	Movimiento de Tierras	
203.A	Excavación en Explanaciones sin clasificar	299,330.56
204	Terraplenes	56,328.27
205	Recuperación de Pavimento Existente	62,656.19
207.D	Transporte de Arcilla	24,299.65
207.E	Transporte de Material Granular	274,736.41
208.C	Suministro de Material Granular de Cantera	81,359.11
300	Sub Bases y Bases	
301.A	Sub Base Granular con material recuperado	3,181.72
301.B	Sub Base Granular con material de cantera	19,873.85
500	Obras de Arte y Drenaje	
504.C	Concreto clase E 13.7 MPA (140 KG/cm2)	335.73
513	Puente Neshuya	
513.02.A	Encofrado de excavación en seco	643.76
513.02.C	Encofrado de Veredas	994.50
513.03.C	Concreto en Loza y Viga Cabezal (280KG/CM2)	601.34
513.04.A	Acero de Refuerzo	547.39
513.05.A	Fabricación de Estructura Metálica de Acero	8 621.26
513.05.B	Transporte de Estructuras Metálicas	584.14
513.05.C	Montaje y Lanzamiento de estructuras metálicas	6 233.08
513.05.D	Pintura Esmalte y anticorrosiva epoxica	959.29
513.06.A	Postes de Baranda	1,774.40
513.07.C	Acabado de Veredas	84.46

Los montos indicados corresponden a costos directos, y por lo tanto debe agregarse el monto correspondiente a gastos generales, utilidad e IGV con los precios originales del Contrato. Nos remitimos para efectos del cálculo a la Memoria Descriptiva que se adjunta como prueba a esta

demanda.

Ahora bien, como aparece en la Memoria Descriptiva que se adjunta como Anexo 2.67, el quantum del daño causado a EL CONSORCIO no se limita al monto que resulta de calcularlo con los precios originales sino que debe incluir el reajuste de los precios del contrato como consecuencia del reajuste de la oferta mediante la aplicación del factor K-1.1106 dispuesto por el Laudo Arbitral 1. En consecuencia, el daño cuya reparación se solicita debe incluir dicho reajuste, como aparece en la Memoria Descriptiva.

Así, como ha sido expuesto en los antecedentes de la demanda, por Laudo de Derecho (Laudo 1) contenido en la Resolución No. 24 del 11 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral consideró que, de conformidad con lo dispuesto en las Instrucciones Generales de los Oferentes - que regulan el reajuste de la oferta económica por demora en la adjudicación -, las demoras en la adjudicación de la obra configuraban un supuesto de reajuste del precio del contrato, por lo que era necesario fijar el factor de dicho reajuste. De ese modo, **el Tribunal estableció que el CONSORCIO NESHUYA tenía derecho a un reajuste de la oferta, mediante la aplicación de un factor de reajuste de K=1.1106.**

Posteriormente, el Laudo Arbitral 2 expedido por Resolución No. 65 del 30 de octubre del 2009 (Ver páginas 187 a 196), resolvió la séptima pretensión de EL CONSORCIO por la que se solicitó que se "ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de US\$ 1,217,766.58, por concepto de la actualización de los precios ofertados por aplicación del factor de reajuste K=1.1106, a efectos que se obtenga un nuevo valor que debe ser incorporado en una liquidación de la obra."

El Tribunal Arbitral que dictó el Laudo 2, reconociendo el carácter de cosa juzgada del Laudo 1 que dispuso el reajuste de la oferta de acuerdo al factor indicado, estableció que correspondía aplicar a los montos reclamados por EL CONSORCIO en dicho segundo arbitraje (salvo la quinta pretensión) el coeficiente de variación K-1.1106. Expresamente, en el numeral 407 del Laudo 2 el Tribunal señaló "*la principal consecuencia del carácter de cosa juzgada de una decisión es la imposibilidad de cualquier juzgador de desconocer o pretender revisar su contenido. Ello implicaría una violación al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.*"

Toda vez que el reajuste de precios unitarios incluidos en la oferta económica, como consecuencia de lo ordenado en el Laudo 1, no solo afecta al Presupuesto Principal y a los seis presupuestos adicionales se está considerando como indemnización por dicho concepto, el

monto que resulta de la aplicación del factor de reajuste.

Cabe resaltar que fue por la necesidad de satisfacer los requerimientos contenidos en las Especificaciones Técnicas de la Obra y dar efectivo cumplimiento a los términos del Contrato. Además, se trata en todos los casos de metrados ejecutados bajo la constante supervisión y aprobación de PROVIAS a través de su representante en Obra que es la Supervisión. Esto fue posteriormente corroborado por PROVIAS al efectuar la Recepción de la Obra sin observación alguna y reconociendo que se efectuaba "de acuerdo a los establecido en los planos y especificaciones técnicas". Por lo tanto, estamos ante metrados ejecutados con la única y exclusiva finalidad de cumplir el objeto contractual y que la obra fuese completamente ejecutada, permitiendo así su recepción sin observaciones por PROVIAS.

Lo señalado con anterioridad, resulta corroborado, a su vez, por lo expresamente estipulado en la cláusula 14.3 del Contrato, según la cual *"La Comisión de Recepción de la Obra, en un plazo máximo de quince (15) días naturales de recibida la comunicación del Supervisor en donde dé cuenta, que la obra se encuentra terminada; procederá a verificar el cumplimiento de los establecido en los planos y especificaciones técnicas, culminada la verificación, se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, EL CONTRATISTA o Residente, EL SUPERVISOR."*

Sobre el particular, mediante Informe Especial No. 280554-INFE-07-037 del 23 de abril de 2007, el Supervisor de la Obra señaló, respecto a la Liquidación del Contrato de Obra formulada por EL CONSORCIO y, en particular, sobre el ítem referido a los mayores costos generados como consecuencia de la ejecución de mayores metrados, que el monto reclamado por el Consorcio por dicho concepto *"viene a constituir un MONTO CONTROVERTIDO que no corresponde ser tomado en cuenta en la Liquidación Final por no encontrarse respaldado por los documentos contractuales vigentes, y en todo caso, [...] será materia de conciliación o arbitraje entre el Contratista y la Entidad"* (foja 08). Más adelante, el Supervisor continúa señalando que *"el monto reclamado no cuenta con la aprobación y la AUTORIZACIÓN correspondiente de la Entidad y de la Contraloría General, respectivamente. Razón por la cual no es procedente ser tomado en cuenta en la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra"* (foja 15).

Como es de advertirse, el Supervisor no ha negado la efectiva ejecución de los referidos mayores metrados, sino, únicamente, ha cuestionado su inclusión en la Liquidación de Obra alegando que los mismos no habrían sido tramitados oportunamente, vía el procedimiento de


aprobación de adicionales de obra, llegando incluso a afirmar que el reconocimiento y pago del monto reclamado por concepto de ejecución de mayores metrados debió ser tramitado por la vía arbitral.

Posteriormente, mediante Resolución Directoral No. 1744-2007-MTC/20 del 22 de mayo de 2007, PROVÍAS aprobó la Liquidación del Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20 elaborada por el Supervisor, estableciendo que el costo total de la obra ejecutada ascendía a US\$ 34'436,216.24 (Treinta y cuatro millones cuatrocientos treinta y seis mil doscientos dieciséis con 24/100 Dólares Americanos).

Cabe anotar que la referida resolución se sustentó, entre otros, en el Informe N° 061-2007-MTC/20.5 del 14 de mayo de 2007, en virtud del cual la Gerencia de Obras de PROVÍAS concluyó que la Supervisión procedió a *"elaborar la Liquidación Final de Obra, debido a que el Contratista en su Liquidación Final del Contrato de Obra consideró un monto final de US\$ 54'167,394.08 y un saldo a su favor de US\$ 1'312,272.38 incluido I.G.V., monto este último que no corresponde tomar en consideración al no contar con los respectivos presupuestos adicionales aprobados y autorizados por PROVÍAS y la Contraloría General de la República"*. Como es de advertirse, al igual que el Supervisor, el área técnica de PROVÍAS tampoco ha negado la efectiva ejecución de mayores metrados por parte de EL CONSORCIO, sino, únicamente, ha negado su reconocimiento escudándose en la ausencia de una formalidad, consistente en la aprobación previa de estos metrados, lo cual es finalmente un trámite de cargo de la propia PROVÍAS.

Así, Tanto el Supervisor como por PROVÍAS alegan que no corresponde reconocer y pagar el mayor gasto incurrido por EL CONSORCIO debido a que los mencionados mayores metrados no fueron tramitados oportunamente a través del procedimiento de aprobación de obras adicionales.

a) Mayores metrados tramitados como parte del Presupuesto Adicional de Obra No. 06, pero no aceptados como tales por la Contraloría General de la República:



Con fecha 11 de abril de 2005, el Supervisor presentó a PROVÍAS el Informe N° 280054-INFE-06-021 – Presupuesto Adicional N° 06 Reestructurado por "Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos, Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas". De acuerdo con lo expresamente señalado en la Sección 3.0 – Objeto del Adicional, Acápite 3.5 del referido Informe, una de las causales de procedencia del Presupuesto Adicional de Obra correspondió a la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del

Contrato, derivados de hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente Contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.

Dentro de este supuesto fueron comprendidos los mayores metrados y partidas nuevas de Movimiento de Tierras y Pavimentos, en razón que los alcances y nivel de profundidad del Estudio de Suelos del Expediente Técnico no permitieron al Proyectista establecer con suficiente precisión la caracterización de los suelos de subrasante y del pavimento existente, lo que conllevó a adoptar una solución técnica (Subrasante Estabilizada Suelo-Cal) asumiendo que en el sub-tramo km 0+000 – km 55+000 la subrasante se encontraba constituida íntegramente por suelos arcillosos y limo-arcillosos, lo que en la práctica no se dio. En esa misma línea, el Supervisor afirmó que la incertidumbre que representaba la caracterización del suelo subyacente de la estructura del pavimento y su potencia de recuperación, en la práctica sólo se resolvería durante la ejecución de los trabajos de movimiento de tierras, no obstante contar con los datos de las prospecciones realizadas por el Contratista para el trabajo de recuperación de pavimentos y los obtenidos por el Supervisor durante la Etapa de Revisión del Proyecto, validados con observaciones en campo.

Cabe anotar que los mayores metrados y partidas nuevas comprendidos dentro del Presupuesto Adicional N° 06 ascendieron a un monto total de US\$ 11'600,851.35 (Once millones seiscientos mil ochocientos cincuenta y uno con 35/100 Dólares Americanos), incluido I.G.V.

Mediante Resolución Directoral No. 1278-2006-MTC/20 del 16 de mayo de 2006, PROVÍAS resolvió aprobar el Presupuesto Adicional de Obra N° 06 Reestructurado generado por "Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos, Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas", por el monto ascendente a US\$ 11'6000,851.35 (Once millones seiscientos mil ochocientos cincuenta y uno con 35/100 Dólares Americanos), incluido IGV, conforme a lo solicitado por el Supervisor.


Debido al monto involucrado en el Presupuesto Adicional de Obra N° 06, PROVÍAS debía someter el mismo, a su vez, a la evaluación y aprobación de la Contraloría General de la República, de conformidad con lo establecido en la Sección V – Disposiciones Generales, numeral 1.2 de la Directiva aprobada por Resolución de Contraloría N° 012-2000-CG/OATJ-PRO y modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG.

En tal sentido, el procedimiento administrativo (en el que nuestro CONSORCIO no es parte) seguido ante la Contraloría para tales efectos, concluyó con la emisión de la Resolución de Contraloría N° 324-2006-CG del 31 de octubre de 2006, en virtud de la cual se resolvió aprobar el Presupuesto Adicional de Obra N° 06 hasta por la cantidad de US\$ 9'726,398.46 (Nueve millones setecientos veintiséis mil trescientos noventa y ocho con 46/100 Dólares Americanos), incluido I.G.V.

En efecto, de acuerdo con lo señalado en el Informe Técnico N° 053-2006-CG/OEA del 27 de octubre de 2006, el cual sirvió de sustento para la emisión de la resolución citada, de la evaluación técnica llevada a cabo se determinó que el Presupuesto Adicional No. 06 contaba con sustento técnico hasta por la cantidad de **US\$ 9'726,398.46 (Nueve millones setecientos veintiséis mil trescientos noventa y ocho con 46/100 Dólares Americanos)**.

En ese mismo informe, se señaló que la diferencia de la evaluación técnica respecto a lo solicitado por PROVÍAS, ascendente a US\$ 1'926,580.44 (Un millón novecientos veintiséis mil quinientos ochenta con 44/100 Dólares Americanos), obedeció en términos generales a la *"reformulación efectuada por la Entidad del precio unitario pactado en la Partida 208.A "Subrasante Granular de Transición con material reciclado" y de los metrados solicitados, trabajos que no se ajustan a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas o Absolución de Consultas, trabajos que no enmarcan en la causal de adicional de obra, y discrepancias de metrados"*⁴⁴.

De un análisis de las razones por las cuales la Contraloría General de la República decidió rechazar los metrados a que se ha hecho referencia con anterioridad, es de advertirse que las mismas se sustentaron, fundamentalmente, en el hecho que PROVÍAS, en su calidad de entidad encargada de tramitar la aprobación de los presupuestos adicionales de obra generados en el marco de la ejecución del Contrato, no remitió a la Contraloría documentación e información suficientes.

 Sobre el particular, cabe tener en consideración lo establecido en la Sección VI - Disposiciones Específicas, numeral 14 de la Directiva aprobada por Resolución de Contraloría No. 012-2000-CG/OATJ-PRO y modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG, referida a la calidad de la información remitida por la entidad -en este caso,

⁴⁴ Sección 2, página 2 del Informe Técnico N° 053-2006-CG/OEA.

PROVÍAS – a la Contraloría para efectos de solicitar la aprobación de un presupuesto adicional de obra, el cual establece que la misma debe ser *"suficiente y competente para sustentar el pedido formulado, asumiéndose la veracidad de la misma"*. Al respecto, la referida disposición agrega que en la información remitida por la entidad *"se cuidará de no mostrarse incurrirse en discrepancias de conceptos, metrados y precios unitarios, trabajos que no cuenten con la debida autorización, discrepancia en la contrastación entre planillas de metrados y planos, falta de detalle o consistencia de planillas de metrados que no son necesarios para alcanzar la finalidad del contrato, duplicidad de metrados, discrepancias de los nuevos precios pactados con relación a la estructura de costos del presupuesto ofertado y/o base, planillas que no guardan relación con los procedimientos de cálculo establecidos contractualmente, errores operacionales, entre otros"*.

Evidentemente, la responsabilidad por la correcta presentación de la información señalada con anterioridad correspondía, en el presente caso, a PROVÍAS. En consecuencia, es grave que dicha entidad pretenda ahora desconocer su obligación de pago por la efectiva ejecución de los mayores metrados comprendidos dentro de la Partidas Nuevas 208.C: Suministro de Material Granular de Cantera y 301.B: Sub-Base Granular c/Material de Cantera, y, por ende, los mayores gastos incurridos por EL CONSORCIO por dicho concepto. Ello importaría que la referida entidad se esté beneficiando económicamente –a expensas del patrimonio de EL CONSORCIO– por el incumplimiento de una obligación que le viene dada por el propio ordenamiento, consistente en el deber de ofrecer la documentación e información idónea para sustentar la aprobación de los adicionales de obra.

Resulta evidente, pues, que EL CONSORCIO no debe asumir, como consecuencia de inadecuada sustentación técnica de PROVÍAS de los mayores metrados correspondientes a las Partidas Nuevas 208.C: Suministro de Material Granular de Cantera y 301.B: Sub-Base Granular c/Material de Cantera, este perjuicio patrimonial, sobre la base del incumplimiento de una obligación legal y, peor aún, a expensas del CONSORCIO que ninguna responsabilidad tuvo en el trámite del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.

Los mencionados metrados cuya aprobación no fue autorizada por la Contraloría General de la República del Presupuesto Adicional de Obra N° 06, por el inadecuado sustento de PROVÍAS, tuvieron que ser necesariamente ejecutados por el Consorcio a fin de cumplir con las Especificaciones Técnicas del Contrato, por lo que corresponde que los mayores gastos incurridos por dicho concepto nos sean reconocidos y pagados por PROVÍAS. El detalle de estos mayores metrados fue consignado en la Liquidación Final de Obra presentada por el

Consortio al Supervisor, conforme al siguiente detalle:

La valorización correspondiente a los mayores metrados solicitados por PROVÍAS y la correspondiente a los mayores metrados cuya ejecución fue autorizada por la CGR, durante la tramitación del Presupuesto Adicional de Obra N° 06, se detalla a continuación:

Con relación a los mayores metrados rechazados por la CGR, debemos señalar que dicha decisión obedeció en algunos casos a la existencia de una diferencia de criterio técnico sobre el particular entre la CGR y PROVÍAS; y, en otros, al deficiente sustento técnico proporcionado a la CGR por PROVÍAS para efectos de su aprobación.

Las razones por las cuales fue denegado y que son evidentemente responsabilidad de una carencia de sustento adecuado por PROVÍAS se resumen en el Cuadro Siguiente respecto de cada partida que dio lugar no aprobación.

Cuadro No. 02

Partidas	Sustento contenido en el Informe Técnico N° 053-2006-CG/OEA	Razones por las cuales la CGR rechazó la ejecución de los mayores metrados
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
203.A	<p>EXCAVACIÓN EN EXPLANACIONES SIN CLASIFICAR</p> <p>La metodología aprobada originalmente para efectos de llevar a cabo la valorización o medición de los metrados ejecutados en esta partida, considera un factor que incluye únicamente la ejecución de determinados trabajos. Estos trabajos no incluyen el TRASLADO DE MATERIAL GRANULAR DE CANTERA.</p> <p>Al momento de solicitar la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, PROVÍAS solicitó que una nueva actividad ejecutada por el Consorcio (MATERIAL DE CANTERA) fuera considerada como parte del factor aplicado para valorizar la partida en cuestión.</p> <p>Sin embargo, la CGR rechazó dicho pedido, bajo el argumento de que la actividad reclamada no debía impactar en la metodología de cálculo de los metrados correspondientes a esta partida.</p> <p>Cabe anotar que la CGR no ha rechazado este reclamo por considerar que se trate de una actividad innecesaria o que estaba incluida en otra partida; y tampoco ha negado su efectiva ejecución por parte del Consorcio. La CGR simplemente consideró que su ejecución no debía impactar en la metodología de valorización de la Partida 203.A, lo</p>	<p>CONCLUSIÓN</p> <p>DIFERENCIA DE CRITERIO TÉCNICO.</p> <p>La diferencia de criterio técnico existente entre la CGR y PROVÍAS pudo ser cuestionado por esta última mediante los mecanismos legales previstos para tales efectos (por ejemplo, mediante la interposición de una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial).</p> <p>Sin embargo, PROVÍAS no adoptó medida alguna sobre el particular.</p> <p>Por ello, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p>

	<p>que determinó que su compensación económica no fuera reconocida por la CGR.</p>	<p>No resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta descrita.</p>
204	<p style="text-align: center;">TERRAPLENES</p> <p>Según la CGR, la actividad reclamada por PROVÍAS como parte de esta partida, debió ser reclamada como parte de la Partida 206.</p> <p>Cabe anotar que la CGR no ha rechazado este reclamo por considerar que se trate de una actividad innecesaria y tampoco ha negado su efectiva ejecución por parte del Consorcio. La CGR consideró que su ejecución debía ser reclamada como parte de la Partida 206, lo que no fue cumplido por PROVÍAS y, por ende, determinó que su compensación económica no fuera reconocida por la CGR.</p> <p>Dicho sustento fue planteado por la CGR en primera y segunda instancia, no obstante lo cual PROVÍAS omitió adoptar las previsiones y acciones del caso para que la CGR reconociera dicho trabajo adicional del Consorcio, sea cuestionando debidamente el criterio técnico adoptado por la CGR o solicitando el reconocimiento de la actividad en cuestión a través de la Partida 206. Esto último sería un error incurrido por PROVÍAS al momento de tramitar el Presupuesto Adicional de Obra N° 06, reiterado en dos instancias del procedimiento administrativo respectivo.</p> <p>En este caso, puede afirmarse que la actividad efectivamente ejecutada por el Consorcio, lo cual quedó evidenciado al calcularse los metrados de cierre, no corresponde a la actividad que según la CGR debió</p>	<p style="text-align: center;">CONCLUSIÓN</p> <p>DEFICIENTE ELABORACIÓN Y/O TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE.</p> <p>El error incurrido por PROVÍAS evidenciado por la CGR, demuestra la deficiente tramitación del expediente respectivo por parte de aquélla.</p> <p>Por ello, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>No resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta descrita.</p>



	reclamarse como parte de la Partida 206; sino que se trata de trabajos distintos a los rechazados por la CGR y correspondientes a la Partida 204.	
207.E	<p style="text-align: center;">TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR</p> <p>El cálculo de los metrados ejecutados en esta partida consideran los metros cúbicos de material trasladado por el Consorcio por la cantidad de kilómetros recorridos para tales efectos (distancia media de transporte).</p> <p>(a) La CGR sostiene que, para cuantificar los metrados adicionales ejecutados como parte de esta partida, debe considerarse una distancia media de transporte menor a la que, en opinión de PROVÍAS, debía aplicarse en realidad como resultado de la distancia efectivamente recorrida por el Consorcio para ejecutar la actividad en cuestión. Cabe anotar que la CGR no ha rechazado este reclamo por considerar que se trate de una actividad innecesaria o que estaba incluida en otra partida; y tampoco ha negado su efectiva ejecución por parte del Consorcio.</p> <p>(b) En este caso, existe una diferencia de criterio técnico entre la CGR y PROVÍAS, la cual obedece al deficiente sustento documental que esta última adjuntó como parte del Presupuesto Adicional de Obra Nº 06.</p> <p>En efecto, mientras que la CGR sostiene que el Consorcio debió aprovechar o recuperar mayor cantidad de material en metros cúbicos dentro de un sector; en opinión del</p>	<p style="text-align: center;">CONCLUSIÓN</p> <p>DIFERENCIA DE CRITERIO TÉCNICO.</p> <p>En el caso (a), la diferencia de criterio técnico existente entre la CGR y PROVÍAS pudo ser cuestionado por esta última mediante los mecanismos legales previstos para tales efectos (por ejemplo, mediante la interposición de una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial).</p> <p>Sin embargo, PROVÍAS no adoptó medida alguna sobre el particular.</p> <p>DEFICIENTE ELABORACIÓN Y/O TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE.</p> <p>En el caso (b), la diferencia de criterio técnico existente entre la CGR y PROVÍAS obedece al</p>

	<p>Consortio, dicho material se encontraba contaminado con material inadecuado para la ejecución de la obra, por lo que fue necesario trasladar mayor cantidad de material nuevo.</p> <p>Dicha diferencia de criterio se debió a que PROVÍAS no acreditó debidamente, mediante la presentación de información idónea como parte del expediente respectivo (perfiles estratigráficos), el sustento de su pedido (CONTAMINACIÓN DEL MATERIAL).</p>	<p>deficiente sustento documental que esta última adjuntó como parte del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>Por ello, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>No resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta descrita.</p>
208.C	<p>SUMINSTRO DE MATERIAL GRANULAR DE CANTERA</p> <p>En este caso, existe una diferencia de criterio técnico entre la CGR y PROVÍAS, la cual obedece al deficiente sustento documental que esta última adjuntó como parte del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>En efecto, mientras que la CGR sostiene que el Consorcio debió aprovechar o recuperar mayor cantidad de material dentro de un sector; en opinión del Consorcio, dicho material se encontraba contaminado con material inadecuado para la ejecución de la obra, por lo que fue necesario trasladar mayor cantidad de material nuevo.</p> <p>Dicha diferencia de criterio se debió a que PROVÍAS no acreditó debidamente, mediante la presentación de información idónea como parte del expediente respectivo (perfiles estratigráficos), el sustento de su pedido (CONTAMINACIÓN DEL MATERIAL).</p>	<p>CONCLUSIÓN</p> <p>DEFICIENTE ELABORACIÓN Y/O TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE.</p> <p>La diferencia de criterio técnico existente entre la CGR y PROVÍAS obedece al deficiente sustento documental que esta última adjuntó como parte del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>Por ello, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>No resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta descrita.</p>

301.B	SUB-BASE GRANULAR CON MATERIAL DE CANTERA	CONCLUSIÓN
	<p>Según sostiene la CGR, la actividad reclamada por PROVÍAS debió ser tramitada como parte del Presupuesto Adicional de Obra N° 03, por tratarse de metrados ejecutados dentro del sector o tramo de la obra que fueron objeto de dicho presupuesto adicional.</p> <p>Dicha circunstancia evidencia una deficiente elaboración y tramitación, por parte de PROVÍAS, del expediente correspondiente al Presupuesto Adicional de Obra N° 03, pues PROVÍAS no incluyó la totalidad de los mayores metrados ejecutados por el Consorcio como parte del referido presupuesto adicional.</p>	<p>DEFICIENTE ELABORACIÓN Y/O TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE. El error incurrido por PROVÍAS evidenciado por la CGR, demuestra la deficiente tramitación del expediente respectivo por parte de aquélla.</p> <p>Por ello, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.</p> <p>No resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta descrita.</p>

Como es de advertirse, en algunos casos, la diferencia de criterio técnico existente entre la CGR y PROVÍAS no fue cuestionado por esta última a través de los mecanismos legales previstos para tales efectos (por ejemplo, mediante la interposición de una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial); y, en otros casos, el carente o insuficiente sustento técnico evidenciado por la CGR demuestra la deficiente formulación del expediente respectivo por parte de PROVÍAS.

En ambos supuestos, pues, resulta manifiesta la negligente e irresponsable actitud con la cual PROVÍAS elaboró y tramitó el expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 06. Evidentemente, no resultaría ajustado al ordenamiento jurídico que PROVÍAS se beneficie económicamente, a expensas del patrimonio del CONSORCIO, sobre la base de la conducta negligente e irresponsable llevada a cabo durante la tramitación del Presupuesto Adicional de Obra N° 06.

Ahora bien, de los mayores metrados identificados al momento de finalizar la obra se pueden detectar las partidas cuya ejecución fue rechazada por la CGR durante la tramitación del

Presupuesto Adicional de Obra N° 06. Estas partidas son las siguientes: **203.A, 204.00, 207.E, 208.C y 301.B.**

b) Mayores metrados verificados al momento del cálculo de metrados finales realmente ejecutados:

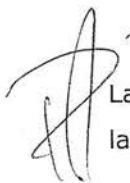
Como se ha indicado, al momento de realizarse el cálculo de los metrados finales, EL CONSORCIO verificó que se habían ejecutado mayores metrados necesarios para dar cumplimiento a la finalidad del Contrato, los cuales no fueron tramitados a través del procedimiento de aprobación de adicionales de obra a pesar que fueron puestos en conocimiento del Supervisor y de PROVIAS a través de la Liquidación Final de Obra elaborada por EL CONSORCIO. Sin embargo, la circunstancia descrita con anterioridad, no obsta para que PROVIAS reconozca y pague a EL CONSORCIO los mayores gastos incurridos para ejecutar dichos metrados, toda vez que los mismos fueron indispensables para la culminación de la Obra.

Sobre el particular, cabe destacar que, en todo caso, el Consorcio puso en conocimiento del Supervisor y del propio PROVIAS, a través de su Liquidación Final del Contrato de Obra, la ejecución de los mayores metrados que pueden ser verificados en los planos post construcción de la obra.

Además, téngase presente que la obligación de tramitar presupuestos adicionales, cuyo incumplimiento emplea PROVIAS para no resarcir el daño sufrido por el CONSORCIO, se desprende de lo expresamente establecido en la Sección VI – Disposiciones Específicas, numeral 13 de la Directiva aprobada por Resolución de Contraloría N° 012-2000-CG/OATJ-PRO y modificada por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG, cuyo texto se cita a continuación:

"El plazo para solicitar la autorización previa a la ejecución y pago a la Contraloría General es de treinta (30) días naturales, computados a partir de la fecha en que la supervisión de obra emite el informe favorable en torno al presupuesto adicional, el mismo que será alcanzado a la entidad en un plazo razonable, una vez producido el hecho que originó el citado presupuesto adicional.

Los 30 días naturales incluyen toda coordinación necesaria e informes posteriores para la aprobación del presupuesto adicional por parte de la entidad."



La disposición referida con anterioridad, evidencia que, en el presente caso en todo caso la tramitación de presupuestos adicionales le corresponde a PROVIAS.

Como es de advertirse, la responsabilidad por la omisión señalada con anterioridad correspondía, en el presente caso, al Supervisor y a PROVÍAS. En consecuencia, PROVÍAS no puede pretender ahora desconocer el derecho indemnizatorio que le corresponde al Consorcio, escudándose en su propio incumplimiento contractual.

Ello importaría que la referida entidad se esté beneficiando económicamente –a expensas del patrimonio del Consorcio– por el incumplimiento de una obligación que le viene dada por el propio ordenamiento, consistente en tramitar la aprobación de los adicionales de obra respectivos, de manera completa y oportuna.

Las partidas por los mayores metrados cuya ejecución fue necesaria para la culminación de la obra pueden agruparse en dos: partidas existentes y nuevas partidas ejecutadas.

2.3 FUNDAMENTO DE DERECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Segunda Pretensión Principal: Que, se ordene a PROVÍAS el pago de la suma de US\$ 1,457,520.59 más intereses como indemnización por el incumplimiento de su obligación de tramitar con la diligencia debido el pago de los mayores metrados efectivamente ejecutados en la Obra, tanto los mayores metrados que fueron negligente e inadecuadamente sustentados ante la Contraloría General de la República en el Presupuesto Adicional No. 06, como los mayores metrados de cierre que fueron efectivamente ejecutados pero que PROVÍAS nunca tramitó."

PROVÍAS ha incumplido una serie de obligaciones contractuales, que pasamos a detallar a continuación:

- **La Entidad incumplió su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado,** que reflejara la situación real de ejecución de la obra, el cual resultó incompatible con las condiciones reales existentes en el terreno al momento de ejecutar la Obra, lo que generó la necesidad de aprobación de presupuestos adicionales, con el consiguiente cambio de metodología constructiva y de ruta crítica, así como la extensión del plazo de ejecución original.

La obligación de entregar un Expediente Técnico completo e idóneo no se agota al momento de la celebración del Contrato, pues todo presupuesto adicional se sustenta en un Expediente Técnico de dicho presupuesto. Por lo tanto, la

obligación de entregar un Expediente Técnico completo e idóneo se extiende tanto al Expediente Técnico de la Obra como a los Expedientes Técnicos de los presupuestos adicionales.

Por lo tanto, si el Contratista debe ejecutar mayores metrados a los expresamente previstos en el Expediente Técnico de la Obra Principal o en los Expedientes Técnicos de sus presupuestos adicionales, es por que todos ellos no resultarios suficientes para la completa ejecución de la obra. Y ello, es de responsabilidad de la Entidad.

El artículo 126 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que *"en los proyectos, estudios, informes o similares aprobados por la Entidad, ésta es responsable de las modificaciones que ordene o apruebe o de aquéllas que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos."*

La obligación de PROVIAS de entregar un Expediente Técnico completo comprende no solo el expediente mismo sino incluso los expedientes técnicos de los presupuestos adicionales.

- **Incumplió la obligación de ejecutar el Contrato de buena fe.**

La ejecución de la obra se realizó bajo la permanente supervisión de la Entidad a través del Supervisor, quien en ningún momento rechazó los metrados que se fueron ejecutando con la finalidad de concluir la obra y posibilitar su recepción por PROVIAS, sin observaciones.

- **Incumplió con su obligación de ejercer la dirección y el control de la Obra.**

Si a criterio de la Entidad sólo se podría pagar el mayor costo incurrido mediante la tramitación de un presupuesto adicional, debió señalarlo inmediatamente y tramitarlo adecuadamente, en lugar de escudarse en esta formalidad para no resarcir el perjuicio sufrido por el CONSORCIO ante esta situación-.

De acuerdo al Numeral 8.1. del Contrato la Obra estará sometida durante su ejecución a la permanente supervisión de PROVIAS, que para estos efectos designará al Supervisor, quien por delegación dirigirá la inspección general de la obra con autoridad suficiente para suspender y rechazar los trabajos que a su juicio no satisfagan las especificaciones técnicas.

El numeral 8.8 del Contrato de Supervisión establece: "Paralelamente a la ejecución de la Obra, EL SUPERVISOR irá efectuando la verificación de los metrados de obra, con el fin de contar con los metrados realmente ejecutados correspondientes a cada una de las partidas confortantes del Presupuesto de las Obras, así como deberá ir elaborando las correspondientes valorizaciones de obra con precios ofertados para ir progresivamente practicando la preliquidación de la Obra."

En buena cuenta, el cómputo de metrados ejecutados y la obligación de detectar a tiempo la necesidad de tramitar un presupuesto adicional era obligación de la Supervisión, según aparece además en el numeral 9.1 del Contrato de Supervisión:

"De requerirse modificaciones en el Proyecto no previstos originalmente en las Bases, ni en el Contrato cuya realización resulte indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la Obras principal y de lugar a presupuesto adicional, EL SUPERVISOR presentará los documentos necesarios tales como Planos, Especificaciones Técnicas, Metrados, Presupuestos, Sustento Técnico y Legal, etc., y los precisados en la Directiva No. 012-2000-CGIOATJ-PRO, modificada por Resolución de Contraloría No. 092-2003-CG del 27 de marzo de 2003 de Contraloría sobre 'Autorización previa a la ejecución y pago de Presupuestos Adicionales de Obra Pública' (...)"

Estando a ello, y sin perjuicio de lo indicado en el numeral 1.4.1 del apartado VI del presente escrito, podemos ver que se cumplen todos los elementos de la responsabilidad civil contractual:

a) Ilicitud o antijuridicidad:

PROVIAS incumplió sus obligaciones contractuales

b) Factor de atribución:

Estamos ante obligaciones contractuales de responsabilidad exclusiva de PROVIAS, y su incumplimiento ha generado serios perjuicios al CONSORCIO que

deben ser reparados, configurándose un supuesto de culpa inexcusable.

c) Nexo causal:

El incumplimiento contractual generador del daño configuró un perjuicio en la esfera patrimonial del CONSORCIO NESHUYA.

d) Daño:

Como es evidente, al ejecutar mayores metrados necesarios para concluir la obra y lograr su objetivo, no previstos ni autorizados debido a incumplimientos contractuales de PROVIAS, el CONSORCIO NESHUYA ha asumido injustamente su costo.

Estando a ello, solicitamos al Tribunal de su Presidencia que se sirva declarar **FUNDADA** la presente pretensión.

2.4 FUNDAMENTO DE DERECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

***"Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la Segunda pretensión principal, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de US\$ 1,457,520.59 como indemnización por abuso del derecho al haber exigido a CONSORCIO NESHUYA ejecutar mayores metrados sin pagarlos".*

El CONSORCIO NESHUYA considera que, en el supuesto negado que el Tribunal de su Presidencia considere que no se ha configurado un incumplimiento contractual, toda vez que el Tribunal entendería que PROVIAS habría actuado en cumplimiento de las estipulaciones contractuales, solicitamos que se declare la configuración de un supuesto de abuso de derecho y, por ende, se disponga la indemnización a favor del CONSORCIO NESHUYA por el perjuicio causado.

Los derechos de PROVIAS ejercidos de manera irregular y que configuran el abuso de derecho por su parte, son los siguientes:



Abusó de su derecho a recibir del CONSORCIO NESHUYA la obra completa y terminada.

Abusó de su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.

- Abusó de su derecho a rechazar la Obra.
- De su derecho contractual a recibir la prestación de EL CONSORCIO reconociéndole los mayores costos involucrados.

Nótese que si CONSORCIO NESHUYA no ejecutaba los metrados que no fueron pagados PROVIAS podría imputarla en forma abusiva que los trabajos ejecutados no garantizaban la vida útil de la carretera. Esto es importante pues los mayores metrados ejecutados no solo fueron necesarios para concluir la obra según lo esperado, sino además, solo así le sería posible al Contratista cumplir con la obligación prevista en el numeral 7.4 del Contrato, consistente en garantizar las Obras por siete años después de su recepción, periodo dentro del cual tiene que responder por defectos constructivos. De no haberse ejecutado estos mayores metrados, la obra habría contenido defectos constructivos y habría sufrido un deterioro temprano.

Por ello, solicitamos al Tribunal de su Presidencia se sirva declarar **FUNDADA** la presente pretensión.

2.5 FUNDAMENTO DE DERECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"Pretensión Subordinada a la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: *Que, en caso el Tribunal Arbitral considere que no procede la primera pretensión principal y su pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses por concepto de enriquecimiento sin causa".*

En el supuesto negado que el Tribunal de su Presidencia rechace tanto la Segunda Pretensión Principal como la Primera Pretensión Subordinada, solicitamos que declare fundada la presente pretensión, por haberse configurado un supuesto de enriquecimiento sin causa a favor de PROVIAS y en perjuicio del CONSORCIO NESHUYA.

PROVIAS debe indemnizar al CONSORCIO NESHUYA, en atención al enriquecimiento sin causa que ha obtenido PROVIAS en desmedro del Consorcio, al amparo del artículo 1954º del Código Civil, que establece que "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en la presente demanda arbitral, el enriquecimiento sin causa se produce cuando un sujeto incrementa su patrimonio o evita que su patrimonio disminuya, a costa de otra persona, sin ofrecer una compensación adecuada a esta última. En tal sentido, hemos afirmado que para la configuración de un supuesto de enriquecimiento sin causa será necesario que concurren las siguientes circunstancias:

- (iv) El enriquecimiento de un patrimonio;
- (v) El empobrecimiento correlativo de otro; y
- (vi) La ausencia de una causa que origine tal desequilibrio.

En el presente caso, la configuración de un supuesto de enriquecimiento sin causa que beneficia a PROVÍAS en detrimento del Consorcio, ha quedado evidenciado de la siguiente al haber efectuado la recepción de la obra sin reconocer ni pagar los mayores metros ejecutados por el Consorcio para dar cumplimiento a la finalidad del Contrato, PROVÍAS se está ahorrando un gasto, toda vez que resulta innegable que, a fin de cumplir con las Especificaciones Técnicas del Contrato, el Consorcio ha incurrido en mayores costos y desplegado mayores recursos para dar cobertura a dichos metros.

Al respecto, cabe anotar que, en todo caso, en nada obsta al pago de la compensación indicada con anterioridad, el hecho que los mayores metros ejecutados por el Consorcio, no hayan sido objeto de autorización previa por parte de la Contraloría General de la República a través del procedimiento de aprobación de adicionales de obra, toda vez que, conforme a lo señalado por el propio CONSUCODE, organismo rector en materia de contrataciones y adquisiciones estatales, se tiene que: *"En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los órganos u organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su realización es necesariamente previa. El impedimento de regularizar las prestaciones adicionales no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría enriquecimiento sin causa por parte de ella"*⁴⁵.

En caso PROVÍAS no reconozca ni pague tales mayores costos, dicha entidad terminará incorporando a su patrimonio una obra cuyos costos, a pesar que en principio deberían ser asumidos íntegramente por ella, no han sido solventados en su totalidad por esta última, sino por el propio Consorcio en detrimento de su patrimonio.

⁴⁵ Opinión N° 059-2002-GTN.

Nótese que el enriquecimiento de PROVÍAS viene dado, en este caso, por la ventaja patrimonial que obtiene dicha entidad (i) por el ahorro del pago del mayor costo y recursos incurridos por el Consorcio para la ejecución de mayores metrados, y (ii) por el menor valor que terminará pagando PROVÍAS como contraprestación por la obra materia del Contrato, como efecto de la no asunción de los referidos costos.

En otras palabras, PROVÍAS ha dejado de desembolsar el costo correspondiente a los mayores metrados realmente ejecutados por el Consorcio para dar cumplimiento a los fines del Contrato, y bajo la permanente supervisión de la propia PROVIAS a través de su representante en la obra, ña Supervisión recibiendo un alcance mator al que ha pagado.

Evidentemente, lo señalado con anterioridad determina que el Consorcio resulte patrimonialmente disminuido o afectado por la asunción de mayores costos que correspondían ser asumidos por PROVÍAS, quien es el directamente beneficiado por la ejecución de la obra.

Finalmente, reiteramos que esta situación ha sido confirmada por parte de PROVÍAS, en cuanto a la necesidad de los mayores metrados ejecutados por el Consorcio, por el hecho que dicha entidad ha efectuado la Recepción de la Obra sin formular observaciones a la misma, conforme consta en el Acta de Recepción Definitiva de la Obra del 09 de marzo de 2007, y (ii) los mayores metrados ejecutados fueron necesarios para cumplir con la finalidad del Contrato, pues en caso contrario PROVÍAS habría dejado constancia de ello en el Acta de Recepción Definitiva de la Obra mediante la formulación de observaciones a la obra entregada.

Finalmente, de acuerdo con lo señalado en los acápite precedentes, no existe sustento contractual ni legal alguno para que PROVÍAS traslade al Consorcio el monto correspondiente a los mayores metrados realmente ejecutados que resultaron necesarios para dar cumplimiento al Contrato.

Al haberse dado cumplimiento a los tres requisitos exigidos para la procedencia del enriquecimiento sin causa, procede la indemnización a que se refiere el artículo 1954º del Código Civil a favor de quien se ha visto empobrecido. Por lo tanto, corresponde a

vuestro Tribunal declarar que PROVÍAS compense al Consorcio por un monto total ascendente a la suma de **US\$ 1,457,520.59**

Cabe anotar que la indemnización solicitada tiene por objeto recomponer el patrimonio del CONSORCIO NESHUYA, el cual se ha visto disminuido como consecuencia del ahorro injusto efectuado por PROVÍAS respecto de los costos reales de ejecución de la obra materia del Contrato. En el supuesto que no se remunerara al CONSORCIO NESHUYA por los mayores costos incurridos, PROVÍAS se estaría enriqueciendo indebidamente, en detrimento del patrimonio del Consorcio.

Por ello, solicitamos al Tribunal de su Presidencia se sirva declarar **FUNDADA** la presente pretensión.

MEDIOS PROBATORIOS

Que, en la calidad de medios probatorios ofrecemos el mérito de los siguientes documentos:

1. MEDIOS PROBATORIOS GENERALES

1. El mérito de las Bases de la Licitación Pública Internacional No. 0008-2003-MTC/20.
2. El mérito de las consultas efectuadas por los postores y las respectivas absoluciones de las mismas por parte de PROVÍAS.
3. El mérito del Oficio Circular N° 005-2003-MTC/20/LPI-0008-2003-MTC/20 de fecha 15 de diciembre de 2003, mediante el cual se comunica la precalificación de los postores.
4. El mérito del Acta de Comité Especial de 27 de agosto de 2004, mediante el cual se acuerda cursar un oficio a todos los postores comunicando la adjudicación de la Buena Pro a favor de nuestro CONSORCIO.
5. El mérito del Oficio Circular N° 003-2004-MTC/20/LPIO-0008-2003-MTC/20 del 31 de agosto de 2004, poniendo en conocimiento de todos los postores la adjudicación de la Buena Pro a nuestro favor.
6. El mérito del Contrato de Obra No. 177-2004-MTC/20 para la realización de trabajos de "Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector: Aguaytía - Pucallpa, Tramo Neshuya - Pucallpa" y sus diez (10) adendas.
7. El mérito de la Addenda N° 01 de fecha 26 de enero de 2005, celebrada entre PROVÍAS y nuestro CONSORCIO, en la cual acordamos diferir el inicio de la Obra para el día 04 de abril de 2005, debido al período de lluvias en la zona de la Obra.

8. El mérito de la Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 1, sobre Obras de Arte y Drenaje.
9. El mérito de la Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 2, sobre Mayores Metrados en Desbroce y Limpieza en Bosque.
10. El mérito de la Resolución Directoral N° 1835-2005-MTC/20 de fecha 08 de noviembre de 2005, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 3, sobre Pavimentos y Reemplazo de Material, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 1.
11. El mérito de la Resolución Directoral N° 161-2006-MTC/20 de fecha 30 de enero de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 4, sobre Obras de Arte y Drenaje II.
12. El mérito de la Resolución Directoral N° 611-2006-MTC/20 de fecha 16 de marzo de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 5, sobre Canteras y Pavimentos, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 2.
13. El mérito de la Resolución Directoral N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 6, sobre Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos. Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas, por un monto de US\$ 11'600,851.35 dólares americanos, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 3.
14. El mérito de la Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006, que resolvió autorizar parcialmente el Presupuesto Adicional N° 6, por la cantidad de US\$ 3'000,000.00.
15. El mérito del Informe Técnico No. 030-2006-CG-OEA, que sustentó la Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG.
16. El mérito de la Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG del 25 de agosto de 2006, que resolviendo nuestro recurso de reconsideración, autorizó el Presupuesto Adicional No. 06, hasta por la suma de US\$ 6'772,938.69 dólares americanos.
17. El mérito de la Resolución de Contraloría No. 324-2006-CG del 31 de octubre de 2006, que resolvió el recurso de apelación planteado por PROVIAS, Y autorizó la ejecución del Presupuesto Adicional N° 6, hasta por la suma de US\$ 9'726,398.46 dólares americanos.
18. El mérito de la Resolución Directoral N° 758-2005-MTC/20 del 01 de agosto de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 2, por 11 días calendario.
19. El mérito de la Resolución Directoral N° 1893-2005-MTC/20 del 15 de noviembre de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 4, por 28 días calendario.
20. El mérito de la Resolución Directoral N° 2109-2005-MTC/20 del 07 de diciembre de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 5, por 146 días calendario.



21. El mérito de la Resolución Directoral N° 2480-2006-MTC/20 del 05 de octubre de 2006, que aprobó la Ampliación de plazo N° 6, por 83 días calendario.
22. El mérito del Asiento N° 717 del Cuaderno de Obra, de fecha 28 de febrero de 2007, en el que se deja constancia de la conclusión de la Obra.
23. El mérito de la Carta N° CNE-014-/07-RDLF.PCB de fecha 03 de abril de 2007, mediante la cual presentamos nuestra Liquidación Final de la Obra.
24. El mérito de los expedientes que conforman nuestra Liquidación Final de la Obra.
25. El mérito del el Informe Especial N° 280554-INFE-07-037 de fecha 23 de abril de 2007, elaborado por la Supervisión, en el que se pronuncia sobre nuestra Liquidación de la Obra.
26. El mérito de la Resolución Directoral N° 1744-2007-MTC/20 de fecha 22 de mayo de 2007, mediante la cual la Entidad aprobó su propia Liquidación de la Obra.
27. El mérito de la carta notarial de fecha 06 de junio de 2007, mediante la cual nuestro CONSORCIO se ratificó en su posición, oponiéndose a la liquidación practicada por la Entidad.
28. El mérito del Oficio N° 605-2007-MTC/20, recibido por nuestro CONSORCIO con fecha 14 de junio de 2007, mediante el cual PROVIAS rechaza nuestras observaciones a su liquidación.
29. El mérito de la carta notarial N° 257330 del 20 de junio de 2007, mediante la cual manifestamos nuestra petición de arbitraje.
30. Expediente Técnico de Obra aprobado por PROVIAS e incluido en las bases del Contrato, de acuerdo al siguiente detalle:
 - Memoria Descriptiva
 - Estudio de Trazo y Diseño Vial
 - Estudio de Tráfico y Cargas
 - Estudio Geológico y Geotécnico
 - Estudio de Suelos y Pavimentos
 - Estudio Hidrológico e Hidráulico
 - Memoria de Cálculo de las Obras de Arte
 - Estudio de Señalización y Seguridad Vial
 - Estudio Socioambiental
 - Especificaciones técnicas
 - Metrados
 - Resumen Ejecutivo
 - Expropiaciones
 - Evaluación Técnico Económica



- Análisis de Precios Unitarios
- Puentes

31. El Acta de Recepción de Obra suscrita por las partes el 09 de marzo de 2007, que acredita que la obra objeto del Contrato fue recibida por PROVÍAS sin observaciones.
32. Laudo arbitral de derecho emitido con fecha 11 de diciembre de 2007, en el Arbitraje 1 seguido por CONSORCIO NESHUYA contra PROVIAS NACIONAL, el mismo que quedó firme al no haber interpuesto ninguna de las partes recurso anulación del mismo.
33. Laudo arbitral de derecho emitido con fecha 30 de octubre de 2009, en el Arbitraje 2 seguido por CONSORCIO NESHUYA contra PROVIAS NACIONAL, el mismo que quedó firme al no haber interpuesto ninguna de las partes recurso anulación del mismo.
34. Contrato de Supervisión suscrito por PROVÍAS NACIONAL y el Consorcio CMI -OSIT - MOTLIMA con fecha 16 de marzo de 2004.
35. El mérito del informe legal que elaborará el Estudio Cassagne Abogados de la ciudad de Buenos Aires, en Argentina, respecto a lo que es objeto de la presente demanda, informe cuyo mérito ofrecemos oportunamente y que será adjuntado al proceso antes de la etapa de pruebas.
36. El mérito del informe legal que elaborará un abogado de reconocido prestigio en materia procesal civil, respecto a los alcances de la cosa juzgada, informe cuyo mérito ofrecemos oportunamente y que será adjuntado al proceso antes de la etapa de pruebas.

2. MEDIOS PROBATORIOS DE NUESTRA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS

1. Contrato de Obra No. No. 177-2004-MTC/20 del 23 de noviembre de 2004, suscrito por PROVÍAS NACIONAL con el Consorcio Neshuya para la ejecución de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa Sector: Aguaytía - Pucallpa" y sus diez (10) adendas.
2. Bases - Licitación Pública Internacional de Obra No. 0008-2003-MTC/20 para la "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa Sector: Aguaytía - Pucallpa", cuya Buena Pro fue adjudicada al Consorcio Neshuya.
3. Liquidación Final del Contrato elaborada por el CONSORCIO, que acredita el costo final de la obra objeto del Contrato.
4. Liquidación Final del Contrato elaborada por el Supervisor.
5. Asiento del Cuaderno de Obra No. 02, donde consta que, con fecha 01 de abril de 2005, se inició la ejecución de la obra.
6. Asiento No. 04 del Cuaderno de Obra, donde consta que el CONSORCIO recibió la

- posesión del terreno el 31 de marzo de 2005.
7. Volumen III del Expediente Técnico de Obra, donde aparecen las Especificaciones Técnicas de la Partida "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial", en cuyo numeral 103.02 se detalla el estado de la capa asfáltica que el CONSORCIO tuvo en cuenta al formular su oferta.
 8. Asiento No. 524 del Cuaderno de Obra, que acredita que la partida de "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial", incluía los trabajos de bacheo de la vía.
 9. Asiento No. 22 del Cuaderno de Obra, donde la propia Supervisión manifiesta que las condiciones de la carpeta asfáltica fueron sustancialmente distintas a las previstas en el Proyecto.
 10. Carta No.013/2005 CNE-OBRA, del 21 de abril de 2005, a través de la cual el CONSORCIO, remitió a la Supervisión un Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito hasta el 31 de mayo de 2005, así como un esquema con las señales provisionales cuya colocación se estaba proponiendo.
 11. Asiento No. 27 del Cuaderno de Obra, donde consta la autorización del Supervisor, al Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito.
 12. Asiento No. 31 del Cuaderno de Obra, de fecha 27 de abril de 2005, a través del cual la Supervisión solicitó al CONSORCIO tener en cuenta las especificaciones contenidas en el Expediente Técnico correspondiente a la partida 103 "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial".
 13. Carta No. 057/05 CNE - OBRA, del 10 de junio de 2005, a través de la cual el CONSORCIO remitió a la Supervisión el Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial que se había comenzado a implementar para la ejecución de la obra, en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas del Proyecto.
 14. Carta No. 095/05 CNE-OBRA, del 01 de julio de 2005, donde consta que, en relación al metrado de la carpeta asfáltica, el CONSORCIO efectuó sondeos cada 100 metros en cada carril de la vía, dando lugar al Cuadro "Evaluación de la Carpeta Asfáltica existente".
 15. Carta No. 193/05 CNE-OBRA, del 13 de setiembre de 2005, por la cual el CONSORCIO remitió a la Supervisión el "Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial durante la Construcción".
 16. Asiento No. 33 del Cuaderno de Obra, por el cual la propia Supervisión, con fecha 25 de abril de 2005, dejó constancia de la verificación del saldo de área de la carpeta asfáltica, indicando que fue consecuencia de los trabajos realizados por el Gobierno Regional de Ucayali.
 17. Carta No. 073/07 CNE-OBRA del 13 de febrero de 2007, remitida por el CONSORCIO al



- Proyecto Carretera Federico Basadre.
18. Carta No. 007-2007-GRU-P-GG-UE: CFB-DE del 14 de febrero de 2007, por la que el Gobierno Regional de Ucayali remite a PROVÍAS información sobre el estado de la carretera del 2002 al 2004.
 19. Carta No. 093/07 CNE-OBRA, del 22 de febrero de 2007, mediante la cual el CONSORCIO solicitó al Gobierno Regional de Ucayali, información sobre las razones por las cuales la carpeta asfáltica encontrada al momento de la toma de posesión del terreno, en abril de 2005, no era la prevista en el Proyecto.
 20. Carta No. 011-2007-GRU-P-GG-UE:CFB-DE, de fecha 27 de febrero de 2007, a la que el Gobierno Regional de Ucayali adjunta el Informe No. 029-2007-UE:CFB-DT/DSC/INSPECTOR DE OBRAS, respecto al estado de la carpeta asfáltica de la Carretera Federico Basadre - Tramo Neshuya - Pucallpa, períodos 2002-2004.
 21. Carta No. 248/05 CNE-OBRA, del 25 de octubre de 2005, por la que el CONSORCIO dejó constancia que manifestó oportunamente a la Supervisión que los problemas detectados en la capa asfáltica estaban generando mayores costos a los previstos en el Contrato, que sin embargo estaban siendo asumidos por el CONSORCIO.
 22. Resolución Directoral No. 758-2005-MTC/20, del 01 de agosto de 2005, por la que PROVÍAS aprobó la ampliación del plazo por once (11) días calendario, con reconocimiento de mayores gastos generales, siendo el nuevo plazo de término de la Obra el 03 de octubre de 2006.
 23. Informe No. 088-2005-MTC/20.3.MSL, que acredita que la primera ampliación del plazo del Contrato no fue atribuible al CONSORCIO sino a un hecho fortuito o de fuerza mayor, como es el paro de productores y agricultores cocaleros.
 24. Informe No. 070-2005-MTC-20-5-LACH, del 22 de julio de 2004, elaborado por el Especialista de Obras BID, que consideró procedente la primera ampliación del plazo de término contractual.
 25. Resolución Directoral No. 1893-2005-MTC/20, del 15 de noviembre de 2005, mediante la cual PROVÍAS aprobó la ampliación de plazo por veintiocho (28) días adicionales, como consecuencia de haberse aprobado el Presupuesto Adicional No. 02, trasladándose la fecha de término al 31 de octubre de 2006.
 26. Informe No. 077-2005-MTC/20.5-PSH, del 04 de noviembre de 2005, elaborado por el Especialista de Obras BID, que apoyó la aprobación de la segunda ampliación de término contractual.
 27. Informe No. 169-2005-MTC-0.3-RIVO, del 11 de noviembre de 2005, elaborado por el Especialista legal de PROVÍAS, que apoyó la aprobación de la segunda ampliación de término contractual.



28. Resolución Directoral No. 2109-2005-MTC/20, del 07 de diciembre de 2005, a través de la cual PROVIAS aprobó la ampliación del plazo de la Obra por ciento cuarenta y seis (146) días naturales adicionales, sin Reconocimiento de Mayores Gastos Generales Variables, siendo el nuevo término de ejecución de la obra, el 26 de marzo de 2007.
29. Informe No. 147-2005-MTC-20.3.MSL, del 05 de diciembre de 2005, que sustentó la tercera ampliación de término contractual.
30. Informe No. 095-2005-MTC/20.5-PSH del 2 de diciembre de 2005, en el que PROVIAS considera procedente la Ampliación del Plazo No. 05.
31. Asiento No. 362, del 08 de noviembre de 2005, donde el Contratista solicitó se apruebe la tercera ampliación de término contractual.
32. Resolución Directoral No. 2840-2006-MTC/20, del 05 de octubre de 2006, mediante la cual PROVIAS aprobó la ampliación del plazo de ejecución del Contrato; en consecuencia, el nuevo plazo de término del Contrato quedó fijado en el día 17 de junio de 2007.
33. Informe No. 273-2006-MTC-20.3-RIVO, del 03 de octubre de 2006, aprobado por la Gerencia Legal de PROVIAS, que sustentó la cuarta ampliación de término contractual.
34. Informe No. 112-2006-MTC/20.5-PSH, elaborado por el Especialista de Obras BID, que sustentó la cuarta ampliación de término contractual.
35. Valorizaciones mensuales del Contratista por Mantenimiento de Tránsito desde abril de 2005 a octubre de 2006.
36. Memoria Descriptiva del cálculo de la suma demandada por los mayores gastos en que incurrió el CONSORCIO por "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial"
37. Fotografías que dan cuenta del estado de la carretera.
38. Carta remitida a PROVIAS NACIONAL con fecha 25 de abril de 2008.
39. Carta CNE No. 006/2008-VFD.raf del 03 de abril de 2008, en la cual alcanzamos a PROVIAS el sustento de nuestro cálculo del mayor valor derivado del reajuste del Presupuesto Principal y los Presupuestos Adicionales de la Obra, con el factor $K=1.1106$ establecido en el Laudo No. 01.
40. Contrato de Supervisión suscrito por PROVIAS NACIONAL y el Consorcio CMI -OSIT -MOTLIMA con fecha 16 de marzo de 2004.
41. **El mérito de la pericia** que **deberá ordenar el Tribunal Arbitral**, para determinar, el **mayor gasto asumido por el CONSORCIO por "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial"**.



3. MEDIOS PROBATORIOS DE NUESTRA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SUS PRETENSIONES SUBORDINADAS

1. Expediente Técnico de Obra aprobado por PROVÍAS e incluido en las bases del Contrato, de acuerdo al siguiente detalle:
 - Memoria Descriptiva.
 - Especificaciones técnicas.
 - Metrados.
 - Resumen Ejecutivo.
 - Evaluación Técnico Económica.
 - Análisis de Precios Unitarios.
2. Bases de la Licitación Pública Internacional de Obra No. 0008-2003-MTC/20 para la "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco – Tingo María – Pucallpa Sector: Aguaytía – Pucallpa", cuya Buena Pro fue adjudicada al Consorcio Neshuya.
3. Contrato de Obra No. 177-2004-MTC/20 del 23 de noviembre de 2004, suscrito por PROVÍAS NACIONAL con el Consorcio Neshuya para la ejecución de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco – Tingo María – Pucallpa Sector: Aguaytía – Pucallpa".
4. Oferta Económica presentada por el CONSORCIO, que acredita la estructura de costos, actividades, partidas, metrados y precios unitarios considerados por este último al momento de elaborar su presupuesto desagregado de obra.
5. Acta de Recepción de Recepción Definitiva de la Obra del 09 de marzo de 2007, que acredita que la obra objeto del Contrato fue recibida por PROVÍAS sin observaciones.
6. Liquidación Final del Contrato de Obra elaborado por el CONSORCIO, que acredita el costo final de la obra objeto del Contrato, así como los metrados efectivamente ejecutados por el CONSORCIO para tales efectos.
7. Informe Especial No. 280554-INFE-07-037 del 16 de abril de 2007, en virtud del cual el Supervisor formuló observaciones a la Liquidación Final del Contrato de Obra elaborado por el CONSORCIO y que acredita que aquél no ha negado la necesidad de los mayores metrados ejecutados por el CONSORCIO.
8. Liquidación del Contrato de Obra elaborado por el Supervisor, que acredita el costo final de la obra y los metrados reconocidos por este último.
9. Resolución Directoral No. 1744-2007-MTC/20 del 22 de mayo de 2007, mediante la cual PROVÍAS aprobó la Liquidación Final del Contrato de Obra formulado por el Supervisor y que acredita que PROVÍAS no ha negado la necesidad de los mayores metrados ejecutados por el CONSORCIO.



10. Carta CNE.0A/RDLF del 06 de junio de 2007, mediante la cual el CONSORCIO formuló observaciones a la Liquidación Final del Contrato de Obra aprobada por PROVÍAS.
11. Oficio No. 605-2007-MTC/20 del 13 de junio de 2007, en virtud del cual PROVÍAS desestimó las observaciones formuladas por el CONSORCIO mediante Carta CNE.0A/RDLF.
12. Informe No. 280054-INFE-06-021 - Presupuesto Adicional de Obra No. 06 Reestructurado por "Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos, Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas" del 11 de abril de 2005, que acredita los metrados comprendidos en dicho adicional de obra y que la ejecución de los mismos eran necesarios para alcanzar la finalidad del Contrato.
13. Resolución Directoral No. 1278-2006-MTC/20 del 16 de mayo de 2006, mediante la cual PROVÍAS aprobó el Presupuesto Adicional de Obra No. 06 y el respectivo Presupuesto Deductivo Vinculante No. 03.
14. Resolución de Vicecontralora No. 011-2006-CG del 21 de junio de 2006, en virtud de la cual la Contraloría General de la República resolvió autorizar el Presupuesto Adicional de Obra No. 06 hasta por la cantidad de US\$ 3'000,000.00 (Tres millones y 00/100 Dólares Americanos), incluido el IGV.
15. Informe Técnico No. 030-2006-CG-OEA del 19 de junio de 2006, que sirvió de sustento para aprobar la Resolución de Vicecontralora No. 011-2006-CG.
16. Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG del 25 de agosto de 2006, en virtud de la cual la Contraloría General de la República resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por PROVÍAS contra la Resolución de Vicecontralora No. 011-2006-CG, autorizando el Presupuesto Adicional de Obra No. 06 hasta por la cantidad de US\$ 6'772,938.69 (Seis millones setecientos setenta y dos mil novecientos treinta y ocho con 00/100 Dólares Americanos), incluido el IGV.
17. Informe Técnico No. 039-2006-CG/OEA del 24 de agosto de 2006, que sirvió de sustento para aprobar la Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG.
18. Resolución de Contraloría No. 324-2006-CG, del 31 de octubre de 2006, en virtud de la cual la Contraloría General de la República resolvió el recurso de apelación interpuesto por PROVÍAS contra la Resolución de Vicecontralora No. 324-2006-CG, autorizando el Presupuesto Adicional de Obra No. 06 hasta por la cantidad de US\$ 9'726,398.46 (Nueve millones setecientos veintiséis mil trescientos noventa y ocho y 46/100 Dólares Americanos), incluido el IGV.
19. Informe Técnico No. 053-2006-CG/OEA del 27 de octubre de 2006, que sirvió de sustento para aprobar la Resolución de Vicecontralora No. 324-2006-CG.



20. Memoria Descriptiva del cálculo de los mayores gastos generados al CONSORCIO como consecuencia de la ejecución de mayores metrados, la cual acredita los montos reclamados por dicho concepto a través de la presente demanda arbitral.
21. Carta remitida a PROVÍAS NACIONAL con fecha 25 de abril de 2008.
22. Carta CNE No. 006/2008-VFD.raf del 03 de abril de 2008, en la cual alcanzamos a PROVÍAS el sustento de nuestro cálculo del mayor valor derivado del reajuste del Presupuesto Principal y los Presupuestos Adicionales de la Obra, con el factor $K=1.1106$ establecido en el Laudo No. 01.
23. Contrato de Supervisión suscrito por PROVÍAS NACIONAL y el Consorcio CMI -OSIT - MOTLIMA con fecha 16 de marzo de 2004, donde aparecen las obligaciones del Supervisor y de PROVÍAS.
24. El **mérito de la pericia** que deberá ordenar el Tribunal Arbitral, para el cálculo del mayor gasto asumido por el CONSORCIO por la ejecución de mayores metrados necesarios para el cumplimiento de la finalidad del Contrato.

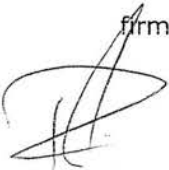
POR TANTO: Solicitamos a los miembros del Tribunal Arbitral tener presentes los argumentos antes expuestos al momento de resolver la demanda arbitral y, en ese sentido, declarar FUNDADA nuestra demanda.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, como anexos a la presente solicitud, adjuntamos copia de los siguientes documentos:

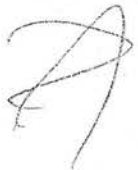
- 2.1 Contrato de Consorcio entre "Construtora Andrade Gutiérrez S.A.", "Translei S.A." y "Construcción y Administración S.A.C." de fecha 21 de septiembre de 2004. TO I
- 2.2 Copia simple del RUC del CONSORCIO NESHUYA
- 2.3 Copia simple del poder otorgado a favor de nuestro representante, don Ricardo de la Flor Chávez
- 2.4 Copia simple de la Partida Electrónica No. 11021860 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao
- 2.5 Copia simple del Documento Nacional de Identidad de nuestro representante
- 2.6 Bases de la Licitación Pública Internacional No. 0008-2003-MTC/20.
- 2.7 Consultas efectuadas por los postores y las respectivas absoluciones de las mismas por parte de PROVÍAS.
- 2.8 Oficio Circular N° 005-2003-MTC/20/LPI-0008-2003-MTC/20 de fecha 15 de diciembre de 2003, mediante el cual se comunica la precalificación de los postores.

- 2.9 Acta de Comité Especial de 27 de agosto de 2004, mediante el cual se acuerda cursar un oficio a todos los postores comunicando la adjudicación de la Buena Pro a favor de nuestro CONSORCIO.
- 2.10 Oficio Circular N° 003-2004-MTC/20/LPIO-0008-2003-MTC/20 del 31 de agosto de 2004, poniendo en conocimiento de todos los postores la adjudicación de la Buena Pro a nuestro favor.
- 2.11 Contrato de Obra No. 177-2004-MTC/20 para la realización de trabajos de "Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco - Tingo María - Pucallpa, Sector: Aguaytía - Pucallpa, Tramo Neshuya - Pucallpa" y sus diez (10) adendas, incluyendo la Addenda No. 01 de fecha 26 de enero de 2005.
- 2.12 Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 1 sobre Obras de Arte y Drenaje y el Presupuesto Adicional N° 2 sobre Mayores Metrados en Desbroce y Limpieza en Bosque.
- 2.13 Resolución Directoral N° 1835-2005-MTC/20 de fecha 08 de noviembre de 2005, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 3 sobre Pavimentos y Reemplazo de Material, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 1.
- 2.14 Resolución Directoral N° 161-2006-MTC/20 de fecha 30 de enero de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 4 sobre Obras de Arte y Drenaje II.
- 2.15 Resolución Directoral N° 611-2006-MTC/20 de fecha 16 de marzo de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 5, sobre Canteras y Pavimentos, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 2.
- 2.16 Resolución Directoral N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 6, sobre Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos. Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas, por un monto de US\$ 11'600,851.35 dólares americanos, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 3.
- 2.17 Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006, que resolvió autorizar parcialmente el Presupuesto Adicional N° 6, por la cantidad de US\$ 3'000,000.00.
- 2.18 Informe Técnico No. 030-2006-CG-OEA, que sustentó la Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG.
- 2.19 Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG del 25 de agosto de 2006, que resolviendo nuestro recurso de reconsideración, autorizó el Presupuesto Adicional No. 06, hasta por la suma de US\$ 6'772,938.69 dólares americanos.
- 2.20 Resolución de Contraloría No. 324-2006-CG del 31 de octubre de 2006, que resolvió el recurso de apelación planteado por PROVIAS, Y autorizó la ejecución del Presupuesto Adicional N° 6, hasta por la suma de US\$ 9'726,398.46 dólares

- americanos.
- 2.21 Resolución Directoral N° 758-2005-MTC/20 del 01 de agosto de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 2, por 11 días calendario.
 - 2.22 Resolución Directoral N° 1893-2005-MTC/20 del 15 de noviembre de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 4, por 28 días calendario.
 - 2.23 Resolución Directoral N° 2109-2005-MTC/20 del 07 de diciembre de 2005, que aprobó la Ampliación de plazo N° 5, por 146 días calendario.
 - 2.24 Resolución Directoral N° 2480-2006-MTC/20 del 05 de octubre de 2006, que aprobó la Ampliación de plazo N° 6, por 83 días calendario.
 - 2.25 Asiento N° 717 del Cuaderno de Obra, de fecha 28 de febrero de 2007, en el que se deja constancia de la conclusión de la Obra.
 - 2.26 Carta N° CNE-014-/07-RDLF.PCB de fecha 03 de abril de 2007, mediante la cual presentamos nuestra Liquidación Final de la Obra.
 - 2.27 Informe Especial N° 280554-INFE-07-037 de fecha 23 de abril de 2007, elaborado por la Supervisión, en el que se pronuncia sobre nuestra Liquidación de la Obra.
 - 2.28 Resolución Directoral N° 1744-2007-MTC/20 de fecha 22 de mayo de 2007, mediante la cual la Entidad aprobó su propia Liquidación de la Obra.
 - 2.29 Carta notarial de fecha 06 de junio de 2007, mediante la cual nuestro CONSORCIO se ratificó en su posición, oponiéndose a la liquidación practicada por la Entidad.
 - 2.30 Oficio N° 605-2007-MTC/20, recibido por nuestro CONSORCIO con fecha 14 de junio de 2007, mediante el cual PROVIAS rechaza nuestras observaciones a su liquidación.
 - 2.31 Carta notarial N° 257330 del 20 de junio de 2007, mediante la cual manifestamos nuestra petición de arbitraje.
 - 2.32 Acta de Recepción de Obra suscrita por las partes el 09 de marzo de 2007, que acredita que la obra objeto del Contrato fue recibida por PROVÍAS sin observaciones.
 - 2.33 Laudo arbitral de derecho emitido con fecha 11 de diciembre de 2007, en el Arbitraje 1 seguido por CONSORCIO NESHUYA contra PROVIAS NACIONAL, el mismo que quedó firme al no haber interpuesto ninguna de las partes recurso anulación del mismo.
 - 2.34 Recursos de aclaración presentados por ambas partes con fecha 21 de diciembre de 2007.
 - 2.35 Resolución N° 27 de fecha 04 de febrero de 2008, que resuelve tales recursos de aclaración.
 - 2.36 Laudo arbitral de derecho emitido con fecha 30 de octubre de 2009, en el Arbitraje 2 seguido por CONSORCIO NESHUYA contra PROVIAS NACIONAL, el mismo que quedó firme al no haber interpuesto ninguna de las partes recurso anulación del mismo.



- 2.37 Asiento del Cuaderno de Obra No. 02, donde consta que, con fecha 01 de abril de 2005, se inició la ejecución de la obra.
- 2.38 Asiento No. 04 del Cuaderno de Obra, donde consta que el CONSORCIO recibió la posesión del terreno el 31 de marzo de 2005.
- 2.39 Asiento No. 524 del Cuaderno de Obra, que acredita que la partida de "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial", incluía los trabajos de bacheo de la vía.
- 2.40 Asiento No. 22 del Cuaderno de Obra, donde la propia Supervisión manifiesta que las condiciones de la carpeta asfáltica fueron sustancialmente distintas a las previstas en el Proyecto.
- 2.41 Carta No.013/2005 CNE-OBRA, del 21 de abril de 2005, a través de la cual el CONSORCIO, remitió a la Supervisión un Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito hasta el 31 de mayo de 2005, así como un esquema con las señales provisionales cuya colocación se estaba proponiendo.
- 2.42 Asiento No. 27 del Cuaderno de Obra, donde consta la autorización del Supervisor, al Programa Inicial de Mantenimiento de Tránsito.
- 2.43 Asiento No. 31 del Cuaderno de Obra, de fecha 27 de abril de 2005, a través del cual la Supervisión solicitó al CONSORCIO tener en cuenta las especificaciones contenidas en el Expediente Técnico correspondiente a la partida 103 "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial".
- 2.44 Carta No. 057/05 CNE - OBRA, del 10 de junio de 2005, a través de la cual el CONSORCIO remitió a la Supervisión el Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial que se había comenzado a implementar para la ejecución de la obra, en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas del Proyecto.
- 2.45 Carta No. 095/05 CNE-OBRA, del 01 de julio de 2005, donde consta que, en relación al metrado de la carpeta asfáltica, el CONSORCIO efectuó sondeos cada 100 metros en cada carril de la vía, dando lugar al Cuadro "Evaluación de la Carpeta Asfáltica existente".
- 2.46 Carta No. 193/05 CNE-OBRA, del 13 de setiembre de 2005, por la cual el CONSORCIO remitió a la Supervisión el "Plan de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial durante la Construcción".
- 2.47 Asiento No. 33 del Cuaderno de Obra, por el cual la propia Supervisión, con fecha 25 de abril de 2005, dejó constancia de la verificación del saldo de área de la carpeta asfáltica, indicando que fue consecuencia de los trabajos realizados por el Gobierno Regional de Ucayali.
- 2.48 Carta No. 073/07 CNE-OBRA del 13 de febrero de 2007, remitida por el CONSORCIO

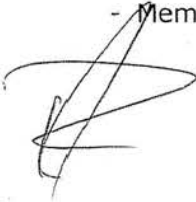


al Proyecto Carretera Federico Basadre.

- 2.49 Carta No. 007-2007-GRU-P-GG-UE: CFB-DE del 14 de febrero de 2007, por la que el Gobierno Regional de Ucayali remite a PROVÍAS información sobre el estado de la carretera del 2002 al 2004.
- 2.50 Carta No. 093/07 CNE-OBRA, del 22 de febrero de 2007, mediante la cual el CONSORCIO solicitó al Gobierno Regional de Ucayali, información sobre las razones por las cuales la carpeta asfáltica encontrada al momento de la toma de posesión del terreno, en abril de 2005, no era la prevista en el Proyecto.
- 2.51 Carta No. 011-2007-GRU-P-GG-UE:CFB-DE, de fecha 27 de febrero de 2007, a la que el Gobierno Regional de Ucayali adjunta el Informe No. 029-2007-UE:CFB-DT/DSC/INSPECTOR DE OBRAS, respecto al estado de la carpeta asfáltica de la Carretera Federico Basadre – Tramo Neshuya – Pucallpa, períodos 2002-2004.
- 2.52 Carta No. 248/05 CNE-OBRA, del 25 de octubre de 2005, por la que el CONSORCIO dejó constancia que manifestó oportunamente a la Supervisión que los problemas detectados en la capa asfáltica estaban generando mayores costos a los previstos en el Contrato, que sin embargo estaban siendo asumidos por el CONSORCIO.
- 2.53 Informe No. 088-2005-MTC/20.3.MSL, que acredita que la primera ampliación del plazo del Contrato no fue atribuible al CONSORCIO sino a un hecho fortuito o de fuerza mayor, como es el paro de productores y agricultores cocaleros.
- 2.54 Informe No. 070-2005-MTC-20-5-LACH, del 22 de julio de 2004, elaborado por el Especialista de Obras BID, que consideró procedente la primera ampliación del plazo de término contractual.
- 2.55 Informe No. 077-2005-MTC/20.5-PSH, del 04 de noviembre de 2005, elaborado por el Especialista de Obras BID, que apoyó la aprobación de la segunda ampliación de término contractual.
- 2.56 Informe No. 169-2005-MTC-0.3-RIVO, del 11 de noviembre de 2005, elaborado por el Especialista legal de PROVÍAS, que apoyó la aprobación de la segunda ampliación de término contractual.
- 2.57 Informe No. 147-2005-MTC-20.3.MSL, del 05 de diciembre de 2005, que sustentó la tercera ampliación de término contractual.
- 2.58 Informe No. 095-2005-MTC/20.5-PSH del 2 de diciembre de 2005, en el que PROVÍAS considera procedente la Ampliación del Plazo No. 05.
- 2.59 Asiento No. 362, del 08 de noviembre de 2005, donde el Contratista solicitó se apruebe la tercera ampliación de término contractual.
- 2.60 Informe No. 273-2006-MTC-20.3-RIVO, del 03 de octubre de 2006, aprobado por la Gerencia Legal de PROVÍAS, que sustentó la cuarta ampliación de término

contractual.

- 2.61 Informe No. 112-2006-MTC/20.5-PSH, elaborado por el Especialista de Obras BID, que sustentó la cuarta ampliación de término contractual.
- 2.62 Valorizaciones mensuales del Contratista por Mantenimiento de Tránsito desde abril de 2005 a octubre de 2006.
- 2.63 Fotografías que dan cuenta del estado de la carretera.
- 2.64 Oferta Económica presentada por el CONSORCIO, que acredita la estructura de costos, actividades, partidas, metrados y precios unitarios considerados por este último al momento de elaborar su presupuesto desagregado de obra.
- 2.65 Informe No. 280054-INFE-06-021 - Presupuesto Adicional de Obra No. 06 Reestructurado por "Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos, Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas" del 11 de abril de 2005, que acredita los metrados comprendidos en dicho adicional de obra y que la ejecución de los mismos eran necesarios para alcanzar la finalidad del Contrato.
- 2.66 Memoria Descriptiva del cálculo de la suma demandada por los mayores gastos en que incurrió el CONSORCIO por "Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial"
- 2.67 Memoria Descriptiva del cálculo de los mayores gastos generados al CONSORCIO como consecuencia de la ejecución de mayores metrados y obras adicionales, la cual acredita los montos reclamados por dicho concepto a través de la presente demanda arbitral.
- 2.68 Carta CNE N° 006/2008-VFD.raf de fecha 03 de abril de 2008, en la cual alcanzamos a PROVÍAS el sustento de nuestro cálculo del mayor valor derivado del reajuste del Presupuesto Principal y los Presupuestos Adicionales de la Obra, con el factor $K=1.1106$ establecido en el Laudo de Derecho del Proceso Arbitral No. 01.
- 2.69 Carta remitida a PROVÍAS con fecha 25 de abril de 2008.
- 2.70 Contrato de Supervisión suscrito entre PROVÍAS y el Consorcio CMI - OSIT - MOTLIMA con fecha 16 de marzo de 2004.
- 2.71 Expediente Técnico de Obra aprobado por PROVÍAS e incluido en las bases del Contrato, de acuerdo al siguiente detalle:
 - Memoria Descriptiva
 - Estudio de Trazo y Diseño Vial
 - Estudio de Tráfico y Cargas
 - Estudio Geológico y Geotécnico
 - Estudio de Suelos y Pavimentos
 - Estudio Hidrológico e Hidráulico
 - Memoria de Cálculo de las Obras de Arte



- Estudio de Señalización y Seguridad Vial
- Estudio Socioambiental
- Especificaciones técnicas
- Metrados
- Resumen Ejecutivo
- Expropiaciones
- Evaluación Técnico Económica
- Análisis de Precios Unitarios
- Puentes

2.72 Expedientes que conforman nuestra Liquidación Final de la Obra.

2.73 Liquidación Final del Contrato elaborada por el Supervisor.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 80º del TUO del Código Procesal Civil, el CONSORCIO NESHUYA (ANDRADE GUTIÉRREZ – TRANSLEI – CASA) otorga su representación a los letrados que autorizan la presente demanda, a cuyo efecto los abogados suscritos cumplimos con señalar como nuestra dirección la que aparece en el exordio de esta demanda y declaramos estar plenamente instruidos en los alcances personales, profesionales y judiciales de la Representación que conferimos por este acto, de conformidad con el artículo 74 y 75 del Texto Legal antes citado, en todo el curso del presente proceso, incidencias y por ante todas sus instancias, el mismo que surtirá plenos efectos hasta que no sea expresamente revocado.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, además del original del presente escrito, cumplimos con presentar cinco copias del presente escrito y sus anexos, de conformidad con el numeral 30 de las "Reglas del Proceso" contenidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 06 de octubre de 2010.

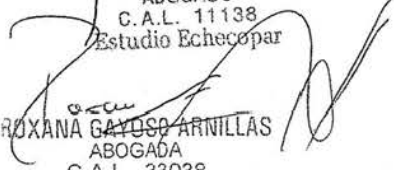
Lima, 04 de noviembre de 2010

MTG-RGA-NVB

CONSORCIO NESHUYA

 VÍCTOR RICARDO DE LA FLOR CHÁVEZ
 Representante Legal


 MARIA DEL CARMEN TOVAR GIL
 ABOGADO
 C.A.L. 11138
 Estudio Echeconar


 ROXANA GAYOSO ARNILLAS
 ABOGADA
 C.A.L. 33038
 Estudio Echeconar


 GIADA M. TADDEI CONTRERAS
 ABOGADA
 C.A.L. 51584
 Estudio Echeconar



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y ComunicacionesProcuraduría
Pública

178

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"



Arbitraje: **CONSORCIO NESHUYA-
PROVIAS NACIONAL**

Secretario: Dr. Patrick Hurtado Tueros

Cuaderno Principal

Escrito N° 01

- APERSONAMIENTO
- EXCEPCIONES → COSA JUZGADA
- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Jr. Huascar N° 1539 – Of. 303 – Jesús María

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, debidamente representado por su Procurador Público Adjunto Dr. **ALAN CARLOS ALARCÓN CANCHARI**, identificado con DNI N° 25758692, designado mediante Resolución Suprema N° 059-2008-JUS, publicada el 16 de abril de 2008 en el Diario Oficial El Peruano, con domicilio real en Jr. Zorritos N° 1203, Lima y señalando domicilio procesal para estos efectos en la **Casilla 3094 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima**, sito en el 4to. Piso del Palacio de Justicia, en los seguidos por **CONSORCIO NESHUYA** contra el **PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL**, sobre reconocimiento de mayores de trabajos, a ustedes atentamente digo:

I. APERSONAMIENTO

El 29 de noviembre de 2010 hemos sido notificados con la Resolución No. 03 dictada por su Despacho el 17 de noviembre de 2010, que resuelve admitir a trámite la demanda interpuesta por el **CONSORCIO NESHUYA** contra **PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVIAS NACIONAL**. En tal sentido, de modo oportuno, y al amparo del artículo 47° de la Constitución Política del Perú y de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1068, Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, **NOS APERSONAMOS** al presente proceso y **CONTESTAMOS LA DEMANDA**, dentro del plazo del ley, negándola en cada uno de



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

179

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

sus extremos, solicitando que en su oportunidad sea desestimada en virtud de los fundamentos que se exponen a continuación.

II. LA CONTROVERSIA

La demandante ha iniciado este proceso pretendiendo con su demanda: i) Que se ordene a Provias Nacional el pago de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses como indemnización por los daños causados por el incumplimiento de Provias Nacional de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda; ii) Que se ordene a Provias Nacional el pago de la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses, como indemnización por el incumplimiento de Provias de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda. En tal sentido, de modo oportuno, en nombre y representación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al amparo de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1068 – Sistema de Defensa Jurídica del Estado, procedemos a contestar la demanda, solicitando que en su oportunidad sea desestimada en todos sus extremos.

III. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1. SOBRE LAS MATERIAS ARBITRABLES Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:

1.1. Según lo afirmado por Arias Lozano¹, las dos corrientes que intentan absolver sobre las "materias arbitrables", están referidas: i) a la facultad de libre disposición y ii) a la patrimonialidad de la materia arbitrable.

1.2. Respecto a la primera corriente, a efectos de determinar que es arbitrable y que cosas no lo son, es necesario iniciar por el concepto de autonomía privada, razón por la cual, para que una materia sea considerada "no arbitrable" no debe existir una razón específica para ello, pues sólo será suficiente la no voluntad de una de las partes o de ambas, al momento de la suscripción del convenio arbitral. Al

¹ ARIAS LOZANO, David (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Arazandí, 2005, p.31



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

180

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

respecto, consideramos oportuno tener en cuenta la tesis desarrollada por el profesor Montero Aroca²; para este autor, lo importante para establecer si una materia es de libre disposición o no, es determinar cual es la relación jurídica objeto de la controversia y si ésta es una de la cual surgen derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a su contraparte y hacerlos cumplir. En consecuencia, serán arbitrables aquellas controversias que su fundan en el ejercicio de un derecho subjetivo al que le corresponde una obligación por parte del demandado.

1.3. Para mayor abundamiento, debemos indicar que el carácter patrimonial de las materias arbitrables, aparece como criterio de arbitrabilidad en aquella doctrina que considera insuficiente la "libre disponibilidad", al respecto y como es fácil de apreciar, al igual que la tesis de los derechos subjetivos, la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable³.

1.4. En virtud de lo expuesto, y dada la regulación normativa vigente, queda claro que son las partes las que deciden que materias someten a arbitraje y cuales no, facultad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que poseen. Sumado a los antes señalado, debemos tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1071 prescribe: "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen". Nótese de lo manifestado, que corresponde a las partes manifestar expresamente, debido a la generalidad de la norma, que materias quieren someter a arbitraje, pues caso contrario se podría llegar al absurdo que todas las materias per se arbitrables

² MONTERO Aroca, Juan, Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre), Civitas, Madrid, 2004, p. 1722.

³ CAMPOS MEDINA, Alexander, "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos", en: Revista Peruana de Arbitraje N° 03, p. 320.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

181

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

podrían someterse a arbitraje pese a que ambas partes o una de ellas, no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral.

1.5. De lo señalado, y una vez aclarado que son las partes las que deciden expresamente que materias someten a arbitraje; debemos indicar que pese a que el enriquecimiento sin causa *per se* es materia arbitrable, ello no es indiciario que en caso de autos se pueda someter al procedimiento arbitral, pues las partes no declararon su voluntad expresa de someter esta institución al fuero arbitral. Asimismo, se debe tener en consideración que **PROVIAS NACIONAL**, tampoco tenía facultades para someter el enriquecimiento sin causa al arbitraje debido a que artículo 187° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 013-2001-PCM, establece de manera expresa cuales son las controversias arbitrables surgidas de la EJECUCIÓN del contrato público, regulación en la que no se incluye al enriquecimiento sin causa, pues legislativamente el enriquecimiento injusto es una fuente de obligaciones distinta, independiente y autónoma al contrato.

Artículo 187°

(...)

"Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje. Conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento".

2. SOBRE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. Según lo prescrito en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado: *"El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, **son de aplicación supletoria las normas del Código Civil**".*



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

182

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

- 2.2. La norma jurídica recogida por el Reglamento es una **norma jurídica de remisión**. En virtud de estas normas, la solución a un supuesto de hecho determinado se logra aplicando reglas previstas expresamente por la ley para otro supuesto de hecho. Así pues, son disposiciones que no contienen en sí una regulación propia y que se limitan a reenviar o remitir a una normativa ya existente. Asimismo, se deberá tener en cuenta lo prescrito por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que señala: **"Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza"**.
- 2.3. De lo manifestado se colige, que si bien las instituciones jurídicas previstas en el Código Civil se pueden aplicar a la contratación pública, estas deberán emplearse respetando su estructura interna, sus presupuestos, elementos y requisitos y finalmente, sus características propias. Dicho de otro modo, la aplicación del enriquecimiento sin causa a la contratación pública no implica su desnaturalización; por el contrario, esta institución como macro concepto deberá materializarse respetando las normas que la rigen.
- 2.4. En este sentido, el enriquecimiento sin causa no puede formar parte de las controversias surgidas de la ejecución contractual, pues legislativamente tiene una naturaleza distinta, en tanto representa una fuente de obligaciones ajena al contrato (y por la existencia de una acción alternativa, según veremos más adelante). Para reforzar lo antes señalado, se debe tener en cuenta que debido al carácter extracontractual del enriquecimiento indebido **PROVIAS NACIONAL**, no tenía facultades para incluirla en el convenio arbitral, razón por la cual, no la plasmó expresamente. Por lo tanto, independientemente del carácter patrimonial y disponible del enriquecimiento sin causa, en el presente caso no sería arbitrable porque las partes nunca lo incluyeron como materia arbitrable y porque



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

193

además una de ellas PROVIAS NACIONAL no tenía facultades para someter dicho conflicto a arbitraje.

3. SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:

3.1. Una vez señalado, que el enriquecimiento sin causa no sería arbitrable pese a su carácter patrimonial, pasamos a definir el enriquecimiento sin causa. Sobre el particular, se deberá tener en cuenta que todo desplazamiento patrimonial⁴, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución⁵.

3.2. Si bien es cierto, los desplazamientos patrimoniales deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidad que un sujeto pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa o *in rem verso*, **la misma que es residual y excluyente**, en defensa de su patrimonio que sufrió un desmedro injusto.

3.3. En tal sentido, todos los desplazamientos patrimoniales requieren de una causa que los justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi⁶, los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

⁴ El término "desplazamiento" es más concreto que el término "atribución", ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, pp. 89-90.

⁶ TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di Diritto Privato, quindicésima Edizione, Milano, Giuffrè, 2003, p. 332.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

184

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

3.3.1. Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños: En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.

3.3.2. Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, pueden tratarse:

- De hechos del mismo empobrecido, quién por error entregue a otro sujeto un bien no debido;
- De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil); o,
- De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.

3.4. A *contrario sensu*, cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños, el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. Este principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece: "*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*".

4. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES DISTINTA AL CONTRATO

4.1. El enriquecimiento sin causa se encuentra regulado como una fuente de obligaciones distinta al contrato, regulada en los artículos 1954° y 1955° del



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

185

*“Decenio de las personas con discapacidad en el Perú”
“Año de la unión nacional frente a la crisis externa”*

Código Civil⁷. Al respecto, debemos indicar que nuestra legislación reconoce la autonomía de esta institución basándose en la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de conmutatividad, de tal manera que las prestaciones y contraprestaciones se traten de atribuciones que sean consecuencia de actos jurídicos lícitos y validamente celebrados.

4.2. Al respecto, el profesor Luis Diez-Picazo señala: *“(…) uno de los principios que inspiran el Derecho Civil Patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. (…) Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución”⁸.*

4.3. En este sentido, el fundamento del enriquecimiento sin causa se encuentra en la imposibilidad que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si lo queremos ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un enriquecimiento sin causa. De esta manera –como puede apreciarse– la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transforma en el sustento de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Así, sostiene Ameal que *“(…) cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos*

⁷ Debemos señalar que nuestro Código Civil reconoce como fuente de obligaciones: i) Contrato, ii) el enriquecimiento sin causa, ii) responsabilidad extracontractual y iii) la gestión de negocios.

⁸ DIEZ-PICAZO Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, p. 89 y 90.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

186

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

frente a una situación que la doctrina ha caracterizado- como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada⁹.

4.4. Lo antes señalado, justifica que legislativamente el enriquecimiento sin causa se presente como una fuente de obligaciones distinta, autónoma e independiente al contrato; regulándose mediante normas sancionadoras que buscan revertir todo enriquecimiento injusto, en palabras de Luis Díez-Picazo: "Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine en enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido¹⁰.

5. SOBRE EL CARÁCTER RESIDUAL DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

5.1. De conformidad con el artículo 1955° del Código Civil la procedencia de la acción se encuentra condicionada a la inexistencia de una vía alternativa para resguardar el derecho:

"La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

5.2. A partir de esta disposición puede decirse que "(...) la acción general del enriquecimiento sin causa tiene naturaleza complementaria y subsidiaria, pudiendo ser ejercitada cuando falte un título específico sobre el cual pueda

⁹ AMEAL, Oscar, "Enriquecimiento sin Causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción", en: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Directores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1997, p. 1064.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 30-31.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

187

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

fundarse un derecho de crédito"¹¹. De esta forma, de existir una acción alternativa a disposición del afectado para hacer valer su crédito, no resultará procedente la acción por enriquecimiento sin causa.

- 5.3. Para **ASTONE**, los casos más simples en el cual el principio de subsidiariedad es entendido en abstracto, son aquellos en los cuales el empobrecido dispone de un remedio alternativo contra el enriquecido: en este caso pueden distinguirse tres circunstancias: **i)** el empobrecido teniendo a su disposición un medio contra el enriquecido, no la ha ejercido aún, siendo relevante la concreta posibilidad de obtener un resultado favorable; **ii)** que ya hubiera sido ejercitada, habiendo sido declarada infundada; y, **iii)** si la diversa acción hubiera prescrito o caducado, en cualquiera de los tres escenarios estaremos frente a una acción – por enriquecimiento sin causa-que resulta improcedente, en tanto el afectado contaba con acciones alternativas para proteger su crédito.
- 5.4. Para mayor abundamiento, reseñándose lo prescrito en el artículo 1955° del Código Civil peruano, según la exposición de motivos: esta acción "solo procede cuando no es posible accionar por otro motivo (...) ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción no tiene opción para elegir entre las dos procedentes"¹².
- 5.5. Finalmente, queda claro que el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable porque **i)** tiene un origen extracontractual; **ii) PROVIAS NACIONAL** no contaba con autorización para someterlo al convenio arbitral, **iii)** no sé pactó expresamente como materia arbitrable; y, **iv)** su carácter residual origina su improcedencia debido a que el sistema jurídico le reconoce al contratista

¹¹ ASTONE, Francesco, *L' arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 211.

¹² REVOREDO, Delia, *Código Civil*, Lima, Okura, 1985, T. VI, pp. 778-779.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

180

otra vía a efectos de hacer valer sus pretensiones, razón por la cual, es oportuno que no consideren esta pretensión como materia arbitrable.

6. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: MATERIA NO ARBITRABLE AL CASO ESPECÍFICO

6.1. Si bien con fecha 23 de noviembre de 2004, **PROVIAS NACIONAL** y el **CONSORCIO NESHUYA** suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, este proceso arbitral se originó por la solicitud de supuestos incumplimientos contractuales atribuibles a la Entidad, teniendo como segunda pretensión subordinada de sus dos pretensiones el pago de US\$. 3, 674, 669.23 dólares americanos por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa. Al respecto, es posición de este Ministerio señalar que dicha pretensión no es arbitrable de conformidad con la legislación vigente y del convenio arbitral suscrito en el contrato antes indicado.

6.2. El texto del Convenio Arbitral es el siguiente:

"16.1. Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante el procedimiento de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 277825 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley".

6.3. Nótese del texto del Convenio que la "arbitrabilidad" está limitada a las controversias surgidas en la ejecución de una de las fuentes de obligaciones, el contrato. Razón por la cual, este tipo de pretensiones son completamente ajenas a las controversias derivadas del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

189

6.4. Lo antes señalado, ha sido recogido por las **Salas Civiles con subespecialidad en Derecho Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima** en materia de resoluciones sobre anulación de laudos arbitrales, siendo los argumentos principales los siguientes:

6.4.1. La pretensión de enriquecimiento sin causa es, por definición extraña a la relación contractual, pues no proviene del contrato celebrado entre la partes. Sino es una causa extrínseca a este.

6.4.2. El convenio arbitral suscrito entre las partes no faculta al Tribunal Arbitral a resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, por lo que si se decide tramitar dicha controversia se estaría vulnerando el derecho al debido proceso de la demandada.

6.4.3. Si se permitiera el pago de las prestaciones adicionales en sede arbitral, aduciendo que está utilizándose otra figura jurídica y, además, considerando estar sujeta al convenio arbitral, se estaría consiguiendo por la vía indirecta lo que la ley prohíbe de modo directo, es decir que esa decisión no sea materia de arbitraje.

6.5. En este orden de ideas podemos concluir que el **enriquecimiento sin causa es materia judicial**, pues no se encuentra dentro de los supuestos regulados en el artículo 187° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y además porque no se pactó en el convenio arbitral la obligación de resolver una controversia extracontractual; por lo expuesto, solicitamos que se declare la incompetencia del tribunal sobre esta materia.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

190

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

IV. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

- 1.1. Sobre el particular, vuestro Despacho deberá tener presente que mediante su segunda pretensión, el consorcio solicita que **se ordene a PROVIAS el pago de la suma de US\$ 1 457 520.56, mas intereses, como indemnización por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.**
- 1.2. Sin embargo, se debe precisar que en la eventualidad que se otorgase la suma dineraria solicitada por el CONSORCIO en su segunda pretensión principal, **se estaría contraviniendo la decisión de la Contraloría General de la República.** En efecto, este pedido ya fue denegado originalmente por la Contraloría mediante Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006.
- 1.3. En efecto, mediante la Resolución de Contraloría N° 324-2006-CG solamente se reconoció un monto de US\$ 9,726,398.46 dólares americanos como presupuesto adicional N° 06; en este sentido, lo que el Consorcio Neshuya busca mediante su segunda pretensión principal ascendente a la suma de US\$ 1 457,520.56, es que Provias lo compense por los supuestos mayores gastos incurridos de los mayores metrados que fueron denegados por la Contraloría General de la República en el Adicional N°06.
- 1.4. En este sentido, no podría ordenarse el pago de la segunda pretensión principal. Ello debido a que de acuerdo con el artículo 23° de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, no pueden ser arbitrables las resoluciones emitidas por la Contraloría, porque tienen el carácter de normas *lus imperium*.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

191

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

1.5. Adicionalmente a lo expuesto, se deberá considerar que la **Clausula 14.**: Obras Adicionales (Subclausula 14 y 15 de las CGC), señala:

14.1 *Las obras adicionales son aquellas que **no han sido consideradas en el Expediente Técnico, ni en el Contrato, cuya realización resultan indispensables para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.** El Supervisor de la Obra preparará y presentará a PROVIAS NACIONAL los proyectos o Estudios Técnicos acompañados de su correspondientes Presupuestos para la ejecución. Solo procederá la ejecución de Obras Adicionales cuando PROVIAS NACIONAL cuente con la Resolución de su máxima autoridad administrativa y en los casos que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no supere el cinco por cientos (5%) del monto total de Contrato Original, **Su ejecución se hará en base al proyecto presentado por la Supervisión y aprobado por PROVIAS NACIONAL, simultáneamente con la Obra Principal.***

14.2 *Las Obras adicionales que superen el cinco por ciento (5%) del monto total del Contrato Original, luego de ser aprobado por PROVIAS NACIONAL, requieren previamente para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría general de la República.*

14.7 *En los adicionales, se cumplirá con lo siguiente:*

- a) Todos estos trabajos serán ejecutados bajo las condiciones del Contrato Original.
- b) Al dar instrucciones, el Supervisor tendrá autoridad para efectuar cambios de menor importancia en la obra que no representen un aumento en el presupuesto ni en el tiempo de ejecución, y que sea concordante con el propósito de la Obra en su conjunto.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

192

- 1.6. Asimismo, el Reglamento de la Ley N°26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece:

Artículo 266°.- Obras Adicionales mayores al quince por cien (15%)

*Las obras adicionales cuyos que, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, **requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.***

- 1.7. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, prescribe:

Artículo 22°.- Atribuciones

(...)

*k) Otorgar **autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública**, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, **cualquiera sea la fuente de financiamiento**".*

(...)

Artículo 23°.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1° de la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

el literal k) del Artículo 22° de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General".

- 1.8. De acuerdo con lo anterior, queda claro que el Tribunal Arbitral no es competente para conocer las decisiones que haya emitido la CONTRALORÍA, ello aún cuando se alegue que tales decisiones adolecen de vicios que la invalidan. Ante la existencia de estos vicios el camino adecuado para cuestionar tales decisiones sería entablar una demanda contenciosa administrativa más no recurrir a un proceso arbitral.
- 1.9. Al respecto, se deberá tener presente que la Tercera Disposición Final de la Ley N° 28128 establece que si una obra adicional sobrepasa el 10% del contrato original, luego de ser aprobada por la entidad respectiva deberá de contarse con la autorización expresa de la Contraloría para la ejecución y pago del monto otorgado.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Como resultado de Licitación Pública Internacional N° 008-2003-MTC/20 se otorgó la Buena Pro a la Empresa Contratista CONMSORCIO NESHUYA conformado por las empresas CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A., TRANSLEI S.A. y CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A.C; con el objetivo de ejecutar la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Aguaytía – Pucallpa, Tramo III: Neshuya –Pucallpa.
2. Así, con fecha 23 de noviembre de 2004 se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20 entre PROVIAS NACIONAL del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, con el CONSORCIO NESHUYA, por el monto de S/. 27'103,742.12 (Veintisiete Millones Ciento Tres Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 12/100 Dólares Americanos) con precios a Octubre de 2003,



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

conforme lo establecido en las Bases, por un plazo de quinientos cuarenta (540) días naturales.

3. El inicio de la ejecución de Obra quedó establecido el día **1° de abril del 2004**.
4. Para conocimiento, debo indicar, que la Obra en mención concluyó oficialmente el 28.02.2007 y la fecha de Recepción Final de Obra se llevó a cabo entre los días 07 al 09 de marzo del 2007, suscribiéndose el Acta de Recepción Definitiva de la Obra sin Observaciones, el 09 de marzo del 2007.
5. Mediante Carta N° CNE-014-/07-RDFL.PCB de fecha 03 de abril de 2007, el CONSORCIO NESHUYA presenta su Liquidación de Obra.
6. Con fecha 22 de mayo de 2007 el CONSORCIO NESHUYA recibe la Cédula de Notificación N° 1638-2007-MTC/20, la misma que adjunta la Resolución Directoral N° 1744-2007-MTC/20 con fecha 22 de mayo de 2007, mediante la cual PROVIAS NACIONAL prueba una nueva liquidación.
7. Con fecha 06 de junio de 2007, el CONSORCIO NESHUYA presenta la Carta S/N, en la que manifiesta sus Observaciones a la Liquidación aprobada en la Resolución Directoral N° 1744-2007-MTC/20.
8. Mediante Oficio N° 605-2007-MTC/20, de fecha 13 de junio de 2007, PROVIAS NACIONAL emite respuesta a las Observaciones hechas por el CONSORCIO NESHUYA.
9. Mediante Resolución N°65 del 30.10.2009 el Tribunal Arbitral emitió el Laudó el Proceso Arbitral de Derecho seguidos por el Consorcio Neshuya contra la Liquidación del Contrato de Obra N°177-2004-MTC/20.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

195

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

10. el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Luciano Barchi (presidente), Alejandro Falla y Oswaldo Hundskopf, emitió el Laudo Arbitral resolviendo:
 - ✓ Declarar fundada la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.
 - ✓ Declarar fundada en parte la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal. En consecuencia se ordena a PROVIAS NACIONAL pagarle al CONSORCIO la suma de US \$ 196 431.10 dólares americanos mas Intereses.
 - ✓ Declarar fundada la Séptima Pretensión Principal. En consecuencia se ordena a PROVIAS NACIONAL pagarle al CONSORCIO la suma de US \$ 1 217 214.96 dólares americanos.
 - ✓ Declarar infundadas, improcedentes o carentes de objeto las 18 pretensiones restantes.

11. En dicho Laudo Arbitral, se declaró **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal, que a saber invocaba el Consorcio Neshuya: *Que se reconozca que la demandante tiene el derecho a una indemnización originada en el enriquecimiento sin causa de PROVIAS a expensas de nuestro CONSORCIO, como consecuencia de los mayores gastos en que incurrió **por mantenimiento de tránsito y seguridad vial**, por un monto de US \$ 2 088 821.54, más intereses.*

12. De igual forma, el Laudo Arbitral comunicado mediante Resolución N° 65, declaró **IMPROCEDENTE** la Cuarta Pretensión Principal que a saber invocaba el Consorcio Neshuya: *Que vuestro Tribunal Arbitral declare que se ha configurado un supuesto enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, por la suma de 1 312 372.22, al no haber cumplido con retribuir los mayores metrados incurridos por el Consorcio para la ejecución de **mayores metrados y obras adicionales** indispensables para dar cumplimiento al objeto del Contrato*



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

196

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

Ejecución de la Obra N° 177-2004-MTC/20, en aplicación del artículo 1954° del Código Civil.

13. El Contrato de Obra establece en la Clausula Vigésima: Orden de Prelación, numeral 20.1 que: "El presente Contrato se regirá por las Bases de Licitación (LPIO N° 0008-2003-MTC/20), las que EL CONTRATISTA acepta sin reserva" y en el numeral 20.2 dice: "Las Disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento aprobado por Ds. Ss. Nos. 012 y 013-2001-PCM, respectivamente, y sus modificatorias, se consideran supletorias en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por las Bases de Licitación.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma de US\$ 2 217 148.64, más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de PROVIAS de las Obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de la demanda.

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la obra con un alcance significativamente mayor al considerado en el precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos e incurrir en sobrecostos mayores a los previstos según el propio Expediente Técnico.

1. Respecto de la primera pretensión su Despacho deberá tener en cuenta que el demandante, recibió el terreno el 31 de marzo del 2005, y al efectuar los sondeos de cada carril de la vía, advirtió con fecha 01.Jul.2005 que el total de kilómetros sin asfalto era de 39.377 km. y no lo consignado en el expediente



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

197

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

técnico. Situación que fue comunicada al Supervisor con Carta N° 85/05 CNE-OBRA. Por lo tanto, si bien el contratista verificó en obra los metrados reales a ejecutar NO SOLICITÓ oportunamente el reconocimiento de dichos metrados a través de un presupuesto adicional respectivo.

2. Asimismo, se deberá tener presente que el mantenimiento de tránsito comprende la ejecución de todas aquellas prestaciones destinadas a mantener y conservar la carretera a fin que no se interrumpa el tránsito, no obstante las condiciones de la carretera y sus accesos, tal como lo refiere el contratista, eran distintas al proyecto; sin embargo, en consideración a la verificación efectuada esta ocurrencia debió tramitarse como adicionales de obra y ser sometido a la aprobación de la Entidad y de la Contraloría General de la República para su autorización y pago del adicional correspondiente, contando para ello con el debido sustento técnico legal.
3. Vale decir, la presente pretensión constituye un reclamo extemporáneo, que debió tramitarse como Presupuesto Adicional durante la etapa de ejecución de obra, mal puede pretender el contratista incluirlo en su liquidación y pretender su reconocimiento a través de ésta. Consecuentemente, la Entidad no pudo declarar su procedencia en la medida que el Contratista tuvo expedito su derecho para ejercer su reclamo.
4. Es de advertir que el numeral 23.1 de las Condiciones Especiales del Contrato establece: "Todos los pedidos, consultas, aclaraciones, observaciones y reclamos y planteamientos del Contratista, vinculados directamente a la obra, deben formularse en el Cuaderno de Obra para que puedan ser atendidos". Consecuentemente, se reitera que si el Contratista consideraba que había efectuado un mayor gasto, debió solicitarlo en su DEBIDA OPORTUNIDAD, para el pronunciamiento de la Entidad.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

198

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

Clausula 14.: Obras Adicionales (Subclausula 14 y 15 de las CGC):

14.1 *Las obras adicionales son aquellas que **no han sido consideradas en el Expediente Técnico, ni en el Contrato, cuya realización resultan indispensables para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.** El Supervisor de la Obra preparará y presentará a PROVIAS NACIONAL los proyectos o Estudios Técnicos acompañados de su correspondientes Presupuestos para la ejecución. Solo procederá la ejecución de Obras Adicionales cuando PROVIAS NACIONAL cuente con la Resolución de su máxima autoridad administrativa y en los casos que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no supere el cinco por cientos (5%) del monto total de Contrato Original, **Su ejecución se hará en base al proyecto presentado por la Supervisión y aprobado por PROVIAS NACIONAL, simultáneamente con la Obra Principal.***

5. De lo expuesto, podemos apreciar que el reclamo del contratista debió plantearse en su oportunidad como Adicional de Obra conjuntamente cuando se tramitaron los otros adicionales que generó el contrato, que se tradujeron en ampliaciones de plazo, para ser sometido a la aprobación de la Entidad y de la Contraloría General para su autorización y pago del adicional correspondiente, debidamente sustentado técnicamente y legalmente, por lo que esto es un reclamo extemporáneo, que debió ventilarse en la etapa de ejecución de Obra, debiéndose precisar que al no haberse planteado en los adicionales de Obra no existe ninguna controversia, dado que al presentarse en la liquidación del Contrato es una etapa donde no se puede tomar en cuenta en vista que ya a sido ejecutado y de acuerdo a lo dispuesto por la Contraloría no se puede pagar adicionales de obra ejecutados, en consecuencia debe desestimarse.
6. Finalmente, vuestro Despacho deberá tener presente que en el Laudo de fecha 30 de octubre de 2009, numeral 155, Tribunal estableció: "en opinión del Tribunal Arbitral, los trabajos realizados por el Consorcio pese a que no estaban



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

199

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

directamente vinculados con la ejecución de la obra principal (...) sino con el cumplimiento de una obligación accesoria de cargo del Consorcio, los mayores trabajos que hubieran sido realizados para completar dichas actividades podrían haber sido objeto del procedimiento en el numeral 14 de las CEC".

5.2. SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- *Que, se ordene a PROVIAS el pago de la suma de US\$ 1 457 520.56, mas intereses, como indemnización por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.*

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga mayores metrados a los considerados en el Expediente Técnico.

1. El Consorcio Neshuya, fundamenta esta pretensión, amparado en el numeral 13.3: Cuenta Final de las Condiciones Generales del Contrato de la Bases de Licitación, que en su inciso 13.3.1 señala lo siguiente: "Una vez concluidas las obras, el Contratista preparará, además de la certificación mensual referente al último mes de su ejecución, si correspondiere, la estimación de la cuenta final en el cual se indicará el monto total acumulado de las sumas que reclama tener derecho por concepto de ejecución del Contrato en su conjunto; el cálculo de estas sumas se basará en los trabajos de prestaciones realmente ejecutados".
2. En relación a lo indicado por el Consorcio Neshuya, se advierte que son metrados adicionales no solicitados mediante el procedimiento administrativo de presupuestos adicionales; tal como el propio demandante indica, y adicionalmente precisa que fueron detectados al proceder a la liquidación del contrato. También indica que éstos metrados adicionales debieron ser tratados como adicionales de obra. Al respecto, es de indicar que el procedimiento administrativo de adicionales de obra es DIFERENTE al procedimiento administrativo de Liquidación de Obra,



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

200

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

consecuentemente, los metrados adicionales detectados en la liquidación no pueden ser tratados como presupuestos adicionales.

3. A partir del término realmente ejecutado, el Contratista asume que tiene derecho a reclamar que se le reconozca lo que viene a constituir un ADICIONAL DE CIERRE (de cuentas) conformado por los mayores metrados ejecutados de algunas partidas que son parte del Presupuesto Adicional N° 06, cuya ejecución fue indispensable para culminar la Obra y por mayores metrados verificados al momento del cálculo de metrados finales realmente ejecutados, para cumplir con las metas del Proyecto.
4. En relación a metrados adicionales en la liquidación de obra (metrados de cierre), el OSCE ha emitido diversos pronunciamientos. Entre ellos, el pronunciamiento 004-006/GTN, al precisar el tratamiento de metrados adicionales en liquidación y recepción de obras, señalando:

"No resulta procedente aprobar presupuestos adicionales por mayores metrados en el supuesto que el plazo de ejecución de la obra haya vencido, ya sea que se encuentre en la etapa de recepción de la obras o liquidación del contrato, puesto que al constituir los mismos prestaciones u obras adicionales es necesario que previamente a su ejecución, la Entidad, a través del Titular del Pliego o de la máxima autoridad administrativa, efectúe la aprobación de los adicionales a través del acto administrativo que corresponda, situación que es de imposible configuración en los contratos concluidos.

Admitir lo contrario, es decir, la aprobación de adicionales en "vía de regularización", implicaría contravenir las normas de contratación pública y de control gubernamental, con la consecuente responsabilidad administrativa que ello conlleva.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

201

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

5. Con relación a los mayores costos de los mayores metrados no aprobados en el Adicional N°06, descrito en el punto a) por la Contraloría General de la República, a pesar de los sustentos efectuados, es atribución de la Contraloría General de la República la autorización previa a la ejecución y pago de las Obras Adicionales, en el marco de la normativa que rige el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20; y al amparo de lo establecido por la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO Autorización Previa a la Ejecución y Pago aprobada con Resolución de Contraloría N°036-2001-CG, norma que establece a pagar el monto autorizado por la Contraloría General de la República.

6. En principio, si bien el Consorcio Neshuya argumenta que al momento de realizarse el cálculo de los metrados finales verificó que se habían ejecutado mayores metrados para dar cumplimiento a la finalidad del Contrato; sin embargo, esta situación debió preverse en el proceso de la ejecución de la Obra, donde debió dejarse expresa constancia de los trabajos adicionales que debían de generar para su aprobación y ejecución, en vista que se está establecido que cualquier obra adicional debe tener la autorización de la Entidad y si fuera el caso de la Contraloría General de la República, previa a su ejecución y pago, de ahí su desestimación de improcedencia.

7. De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa de presupuestos adicionales de obra no podrá ser objeto de arbitraje; ni las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de dicha atribución.

8. De lo expuesto, se desprende que si bien serían obras ejecutadas por el Contratista, estas no cuentan con la aprobación ni autorización



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

202

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

correspondiente de la Entidad ni de la Contraloría General de la República respectivamente, razón por lo cual no es procedente ser tomando en cuenta la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra.

9. Asimismo, RESPECTO DE LOS METRADOS EJECUTADOS Y PARTIDAS NUEVAS QUE CONFORMARÍAN LA SEGUNDA PRETENSÓN PRINCIPAL NO SON ARBITRABLES AL HABER SIDO DENEGADOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA MEDIANTE RESOLUCIÓN N° 324-2006-CG DE 31.OCT.2006, PUESTO QUE CONFORME AL ARTÍCULO 23° DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL, LOS ADICIONALES NO AUTORIZADOS NO PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE POR DISPOSICIÓN EXPRESA DE LA LEY.
10. De lo expuesto se desprende que el monto reclamado NO debe ser incluido en la liquidación final puesto que las supuestas mayores obras ejecutadas no cuentan con la aprobación ni la autorización correspondiente de la Entidad ni de la Contraloría General de la República, razón por lo cual no es procedente ser tomado en cuenta en la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra, ni en este proceso Arbitral por ser Improcedente.
11. En este contexto, el Laudo de 30 de octubre de 2009, señala que: "si bien, el CONTRATO suscrito entre PROVIAS NACIONAL y el CONSORCIO se ha celebrado bajo el sistema DE PRECIOS UNITARIOS (de acuerdo a lo establecido en su primera cláusula), este hecho no significa que los mayores metrados ejecutados no deban ser considerados como Adicionales de Obra. En primer lugar, porque en el mismo CONTRATO se ha establecido la posibilidad de solicitarlos (Cláusula Cuarta) e incluso se estableció un procedimiento para ello (numerales 14.1 a la 14.7 de las CEC). Así, durante la ejecución de contrato fueron aprobados varios adicionales de obra.



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

203

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

12. En adición a ello, se establece la obligación del CONTRATISTA de notificar mediante el Cuaderno de Obra si considera que la instrucción o requerimiento recibido "provoca un presupuesto adicional al contrato (...) dentro de un plazo de (5) días calendario después de recibida tales instrucciones, revisiones, enmiendas o adicionales, antes de proceder a la ejecución de los trabajos" – literal e) numeral 14.7 de las CEC.
13. De lo anterior se desprende, como bien señaló el Tribunal Arbitral en su numeral 257, que "(...) la ejecución de una prestación que constituye una obra adicional sin que se haya solicitado su correspondiente aprobación o sin observar el procedimiento establecido para ello en el contrato (literal e) del numeral 14.7, ocasiona una pérdida del derecho a solicitar una retribución posterior por estas". (resaltado es nuestro).
14. En el caso de la presente pretensión, los trabajos de mayores metrados se tratarían de Adicionales de Obra por tratarse de labores necesarias para la ejecución del Contrato por tratarse de labores necesarias para la ejecución del Contrato que no estaban contempladas en el Expediente Técnico, según lo manifestado por el Consorcio. Estas labores al encontrarse fuera de lo establecido contractualmente por las partes, pudieron dar lugar a trámite de un Adicional de Obra. En consecuencia los trabajos realizados por el CONSORCIO tenían las características propias de las obras adicionales y por lo tanto pudo seguirse el procedimiento contemplado en el Contrato para la autorización y reconocimiento de los gastos involucrados en su desarrollo.
15. Al respecto, se debe hacer las siguientes precisiones: El Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, suscrito por el Contratista y PROVIAS NACIONAL, para la ejecución de la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera:



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

204

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

Huanuco-Tingo María -Pucallapa, Tramo: Aguaytía - Pucallpa, Tramo III: Neshuya -Pucallpa, establece lo siguiente:

✓ **Clausula Decima:** Cuaderno de Obra, numerales 10.1 y 10.2:

10.1 *El Cuaderno de obra será abierto en la fecha de entrega de terreno. debe contener una hoja original y tres copias, numerado o foliado en todas sus páginas, legalizado por el Notario Público o Juez de Paz y suscrito en todas sus páginas por el Jefe de Supervisión y el Residente. Estos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el mismo".*

10.2 *El Cuaderno de Obra es el medio ordinario de comunicación entre EL CONTRATISTA y EL SUPERVISOR. el original de dicho cuaderno debe permanecer en obra, bajo custodia del Residente y en condiciones de ser exhibido en cualquier momento ante los funcionarios de PROVIAS NACIONAL y el BID..*

✓ **Bases de Licitación**

En la Sección V. Condiciones Especiales del Contrato de las Bases de Licitación LPIO 0008-2003-MTC/20 establece:

Clausula 14.: Obras Adicionales (Subclausula 14 y 15 de las CGC):

14.1 *Las obras adicionales son aquellas que **no han sido consideradas en el Expediente Técnico, ni en el Contrato, cuya realización resultan indispensables para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.** El Supervisor de la Obra preparará y presentará a PROVIAS NACIONAL los proyectos o Estudios Técnicos acompañados de su correspondientes Presupuestos para la ejecución. Solo procederá la ejecución de Obras Adicionales cuando PROVIAS NACIONAL cuente con la Resolución de su máxima autoridad administrativa y en los casos que su valor, restándole los presupuestos deductivos, no supere el cinco por cientos (5%) del monto total de Contrato Original, **Su ejecución se hará***



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

205

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

en base al proyecto presentado por la Supervisión y aprobado por PROVIAS NACIONAL, simultáneamente con la Obra Principal.

14.2 *Las Obras adicionales que superen el cinco por ciento (5%) del monto total del Contrato Original, luego de ser aprobado por PROVIAS NACIONAL, requieren previamente para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría general de la República.*

14.8 *En los adicionales, se cumplirá con lo siguiente:*

c) *Todos estos trabajos serán ejecutados bajo las condiciones del Contrato Original.*

d) *Al dar instrucciones, el Supervisor tendrá autoridad para efectuar cambios de menor importancia en la obra que no representen un aumento en el presupuesto ni en el tiempo de ejecución, y que sea concordante con el propósito de la Obra en su conjunto.*

✓ **El Reglamento de la Ley N°26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece:**

Artículo 266°.- Obras Adicionales mayores al quince por cien (15%)

*Las obras adicionales cuyos que, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, **requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.***

✓ **La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, establece:**

Artículo 22°.- Atribuciones



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

206

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

(...)

*k) Otorgar **autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública**, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, **cualquiera sea la fuente de financiamiento**".*

(...)

Artículo 23°.- Inaplicabilidad del arbitraje

*Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, **no podrá ser objeto de arbitraje**, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1° de la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje.*

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22° de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General".

5.1. RESPECTO DEL PAGO DE COSTOS Y COSTAS PROCESALES

El Contratista demandante pretende que esta parte asuma el pago de los costos y costas que genere el presente proceso. Sin embargo, en atención a los argumentos expuestos y considerando que no existe sustento lógico ni jurídico que ampare la demanda, solicitamos que el pago de los costos y costas que irroge la tramitación del presente proceso, sean pagadas íntegramente por el demandante; o de ser el caso y en supuesto negado que se declare fundada la demanda, éstos sean asumidos por ambas partes, en virtud del principio de equidad.

4. MEDIOS PROBATORIOS

Ofrezco los siguientes medios probatorios:



PERÚ

Ministerio
de Transportes
y Comunicaciones

Procuraduría
Pública

207

*"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"*

1. Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20.
2. Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006.
3. Resolución N° 65 de fecha 30 de octubre de 2009.

POR TANTO:

Solicito al Tribunal se sirva tener por absuelta y contestada la demanda en los términos que ella contiene y en su oportunidad declare INFUNDADA la demanda interpuesta contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones-Provias Nacional.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Adjunto en calidad de anexos los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución Suprema No. 059-2008-JUS (**ANEXO 1-A**).
2. Copia de mi DNI (**ANEXO 1-B**).
3. Copia de la Resolución Suprema N° 110-2009-JUS (**ANEXO 1-C**)
4. Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20. (**ANEXO 1-D**)
5. Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006. (**ANEXO 1-E**)
6. Resolución N° 65 de fecha 30 de octubre de 2009. (**ANEXO 1-F**)

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Adjuntamos copia del presente escrito y anexos en cantidad suficiente.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 22° inc. 22.8 del Decreto Legislativo N° 1068 "Sistema de Defensa Jurídica del Estado", concordante con el Art. 37 inc. 5 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, delego mi representación a favor de los siguientes Doctores **KATTY MENDOZA MURGADO, JUAN MIGUEL ROJAS ASCÓN, ISRAEL STEIN LAVARELLO, ISABEL ARMINDA ANDRADE VILLAVICENCIOS, HORTENCIA JAUREGUI GONZALES, JOSE RICRA MARIN, DIANA REVOREDO LITUMA, CARLOS MUÑOZ LARICO, GABY NIETO FERNÁNDEZ Y ALFONSO CARBAJAL SÁNCHEZ**, Abogados adscritos a esta Procuraduría Pública, otorgándoles las facultades generales de representación previstas en el artículo 74 del



"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la unión nacional frente a la crisis externa"

Código Procesal Civil, conforme lo prevé el artículo 80 del Código antes referido, para que en mi nombre y representación asistan y actúen indistintamente en todas las diligencias que se deriven del presente proceso.

Lima, 29 de diciembre de 2010




ALAN CARLOS ALARCON CANCHARI
Procurador Adjunto
Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Reg. C.A.C.N. N° 0644

**AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y
ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.**

En la ciudad de Lima, siendo las 4:00 p.m. del día miércoles 6 de abril del año 2011, en la sede del arbitraje, sita en Jr. Huáscar N° 1539, Oficina 303, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores, **Ernesto Valverde Vilela** en su calidad de Presidente, **Luis Felipe Pardo Narváez**, árbitro, **Weyden García Rojas**, árbitro, y el Secretario Ad Hoc del proceso, doctor **Patrick Hurtado Tueros**, con el propósito de llevar a cabo la audiencia de determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios en el proceso arbitral seguido por **Consortio Neshuya con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL** (en adelante, PROVIAS NACIONAL).

Se hizo presente en representación del **Consortio Neshuya**, el señor Víctor Ricardo de la Flor Chávez, debidamente identificado con D.N.I N° 08255044, asistido por la doctora María del Carmen Violeta Tovar Gil, identificada con Registro C.A.L N° 11138 y la Doctora Roxana Gayoso Arnillas, identificada con Registro C.A.L N° 33038.

Se hizo presente en representación de **PROVIAS NACIONAL**, la Doctora Diana María Revoredo Lituma, identificada con Registro C.A.L N° 41567.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral dio inicio a la audiencia programada.

I. CONCILIACIÓN:

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo conciliatorio.

No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

II. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal Arbitral, luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda y contestación de demanda, determina que los puntos controvertidos del presente arbitraje son los siguientes:

1.1. Cuestiones Previas

1.1.1. Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin

[Handwritten marks and signatures on the left margin, including a large 'A' and a vertical line with a crossbar.]

[Handwritten signatures at the bottom of the page.]

causa planteadas por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.

- 1.1.2. Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a la segunda pretensión principal planteada por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.

Que, tal como se dispuso mediante Resolución N° 6, este Tribunal Arbitral se reserva la facultad de resolver las excepciones planteadas por PROVIAS NACIONAL, al momento de emitirse el laudo respectivo.

1.2. Puntos controvertidos:

- 1.2.1 Determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2'217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la obra, con un alcance mayor respecto al precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos y sobre costos, superiores a los previstos en el Expediente Técnico.

- 1.2.2 En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2'217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales.

- 1.2.3 En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2'217,148.64, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

- 1.2.4 Determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1'457,520.59, más intereses, por concepto de indemnización por el daño que se le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar mayores metrados, superiores a los previstos en el Expediente Técnico, los que habrían sido necesario ejecutar, para completar la obra, y que no le habría sido reconocido ni pagado.

- 1.2.5 En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVÍAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1'457,520.59, más intereses, por concepto de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales.

1.2.6 En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1'457,520.59, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

1.3. Punto controvertido común:

1.3.1. Determinar a quién o a quiénes y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente Acta y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

En adición a ello, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación, se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, a fin de garantizar un pleno y adecuado ejercicio de su derecho de defensa.

III. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

A continuación, el Tribunal Arbitral procede a admitir los siguientes medios probatorios:

De la parte demandante:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por **Consorcio Neshuya** en su escrito de demanda, de fecha 05 de noviembre de 2010, detallados en el rubro "MEDIOS PROBATORIOS".

En este acto, el Tribunal Arbitral procede a emitir la siguiente resolución:

Resolución N° 7

VISTO: El escrito N° 4 presentado por el Consorcio Neshuya con fecha 29 de marzo de 2011; y **CONSIDERANDO:** 1) Que, la parte recurrente ofreció en el numeral 35, del acápite referido a Medios Probatorios Generales de su escrito de demanda, presentado con fecha 05 de noviembre de 2010, adjuntar el informe legal elaborado por el Estudio Cassagne Abogados de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, antes de la etapa de pruebas; 2) Que, en relación a ello, dicha parte mediante el escrito que se provee, ha cumplido con presentar el informe indicado; por lo que **SE RESUELVE: TÉNGASE POR PRESENTADO**, y a los autos el documento que se adjunta, con conocimiento de la parte contraria, por el término de diez (10) días hábiles, a fin de que exprese lo conveniente a su derecho, luego

de lo cual, se dispondrá lo pertinente en cuanto a la admisión del medio probatorio ofrecido.

Asimismo, el Tribunal Arbitral se reserva pronunciamiento sobre el informe legal ofrecido por la parte demandante en el numeral 36, del acápite referido a Medios Probatorios Generales de su escrito de demanda, presentado con fecha 05 de noviembre de 2010, hasta que éste no sea presentado, y de ser el caso, absuelto por la parte contraria.

En cuanto a las pericias ofrecidas por la parte demandante, en el numeral 41, del acápite referido a Medios Probatorios de la Primera Pretensión Principal y sus Pretensiones Subordinadas, de su escrito de demanda presentado con fecha 05 de noviembre de 2010; así como en el numeral 24, del acápite referido a Medios Probatorios de la Segunda Pretensión Principal y sus Pretensiones Subordinadas, de su escrito de demanda presentado con fecha 05 de noviembre de 2010, éstas son admitidas, siendo que, la forma de su actuación será dispuesta posteriormente mediante Resolución, la cual será debidamente notificada a las partes.

De la parte demandada:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por **PROVIAS NACIONAL** en su escrito de contestación de demanda, de fecha 29 de Diciembre de 2010, detallados en su rubro "4. MEDIOS PROBATORIOS".

IV. PRUEBAS DE OFICIO:

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reserva la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

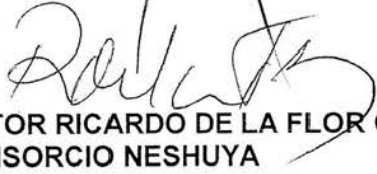
V. CONCLUSIÓN:

Siendo las 5:00 p.m., luego de leída la presente Acta, los miembros del Tribunal Arbitral, el Secretario Ad Hoc, las partes y sus apoderados procedieron a firmar la presente Acta en señal de aceptación y conformidad, quedando notificadas en este acto; con lo que concluyó la Audiencia.

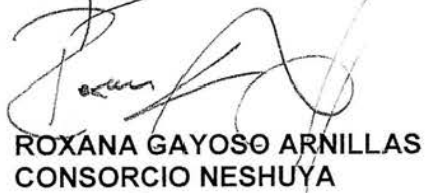

ERNESTO VALVERDE VILELA
Presidente del Tribunal Arbitral


LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Árbitro

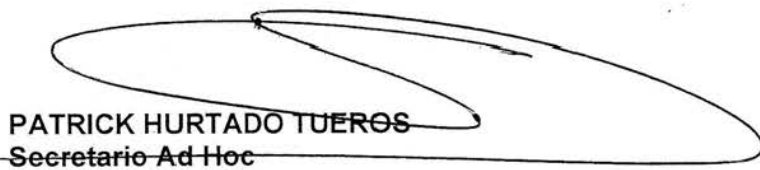

WEYDEN GARCÍA ROJAS
Árbitro


VÍCTOR RICARDO DE LA FLOR CHÁVEZ
CONSORCIO NESHUYA


MARÍA DEL CARMEN VIOLETA TOVAR GIL
CONSORCIO NESHUYA


ROXANA GAYOSO ARNILLAS
CONSORCIO NESHUYA


DIANA MARÍA REVOREDO LITUMA
Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional- PROVIAS NACIONAL.


PATRICK HURTADO TUEROS
Secretario Ad Hoc



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN MAYORÍA

Lima, 16 de diciembre de 2011

DEMANDANTE:

Consortio Neshuya (en adelante “el demandante” o “el Consorcio”)

DEMANDADO:

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional (en adelante “el demandado” o “PROVIAS NACIONAL”)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. Ernesto Valverde Vilela (Presidente del Tribunal Arbitral)

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez (Árbitro)

Dr. Weyden García Rojas (Árbitro)

SECRETARIO ARBITRAL:

Dr. Patrick Hurtado Tueros

I. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- e
- 3
1. Este Tribunal Arbitral, conformado por el doctor Ernesto Valverde Vilela, en calidad de Presidente, y los doctores Luis Felipe Pardo Narváez y Weyden García Rojas, en calidad de Árbitros, se instaló con fecha 6 de octubre de 2010 en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en la que se declaró abierto el proceso arbitral.

2. Se deja constancia que el Acta de Instalación de fecha 6 de octubre de 2010 fue leída por las partes, quienes la aceptaron y procedieron a suscribirla en señal de conformidad, con la presencia de la doctora Mariela Guerinoni Romero, Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE; del representante del Consorcio, señor Víctor Ricardo de la Flor Chávez; y del representante de PROVIAS NACIONAL, el doctor Juan Miguel Rojas Ascón.

3. En el Acta de Instalación se estableció que el arbitraje sería AD HOC, NACIONAL y de DERECHO, estableciéndose como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Tribunal Arbitral la oficina ubicada en Jr. Huáscar N° 1539, Oficina N° 303, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima. Asimismo, se estableció que las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje serían las recogidas en la referida Acta y en su defecto, lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM) y, supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje. También, se dispuso que en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo respecto al contenido del Acta de Instalación, el Tribunal resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado, al amparo de lo establecido en los artículos 34° y 40° del Decreto Legislativo N° 1071.

II. CONSIDERANDO

II.1. CONVENIO ARBITRAL

4. Con motivo de la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20 para la ejecución de la obra denominada "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco-Tingo María-Pucallpa, Sector: Aguaytía-Pucallpa, Tramo: Neshuya-Pucallpa", PROVIAS NACIONAL celebró con el Consorcio Neshuya el Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, para la realización de los trabajos de

“Rehabilitación y/o Mejoramiento de la Carretera Huánuco-Tingo María- Pucallpa, Sector: Aguaytía- Pucallpa, Tramo: Neshuya-Pucallpa”.

5. En la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, se estipuló que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolvería mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje.

II.2. POSICIÓN GENERAL DE LAS PARTES

6. En este apartado se efectuará un análisis de los argumentos y pruebas más importantes de las partes, dejando expresa constancia de que los argumentos y pruebas no señalados expresamente han sido igualmente valorados sin alterar en modo alguno el sentido del presente laudo.

Pretensiones del CONSORCIO

7. Con fecha 5 de noviembre de 2010, el Consorcio Neshuya presentó su demanda arbitral contra Proviás Nacional, a efectos que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la Obra con un alcance significativamente mayor al considerado en el Precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos e incurrir en sobrecostos mayores a los previstos según el propio Expediente Técnico.

792

Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:

Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal, se ordene a PROVIAS el pago de US\$ 2,217,148.64, más intereses, como indemnización por abuso del derecho, derivado de su ejercicio irregular de los derechos contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:

Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la primera pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, se ordene a PROVIAS el pago de la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses, como indemnización por el incumplimiento de PROVIAS de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

El incumplimiento de PROVIAS NACIONAL de estas obligaciones, ocasionó que el CONSORCIO NESHUYA tenga que ejecutar mayores metrados a los considerados en el Expediente Técnico.

Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:

Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la Segunda pretensión principal, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de US\$ 1,457,520.59, más intereses, como indemnización por abuso del derecho, derivado de su ejercicio irregular de las obligaciones contractuales que detallamos en el cuerpo de esta demanda.

Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:

Que, en caso el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal y su primera pretensión subordinada, se ordene pagar a PROVIAS la suma de US\$ 1,457,520.59 por concepto de enriquecimiento sin causa.”

8. El Consorcio Neshuya sustenta sus pretensiones con los siguientes fundamentos de hecho:

- a) El 13 de septiembre de 2003, PROVIAS NACIONAL publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la convocatoria a Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20 para la ejecución de la obra denominada “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco-Tingo María-Pucallpa, Sector: Aguaytía-Pucallpa, Tramo: Neshuya-Pucallpa” por un valor referencial de US\$ 24,756,846.60.
- b) PROVIAS NACIONAL proporcionó a todos los postores de la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20 el Expediente Técnico para la ejecución de la obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Huánuco-Tingo María-Pucallpa, Sector: Aguaytía-Pucallpa, Tramo: Neshuya-Pucallpa, en el cual estaba desarrollado el alcance de la obra que se estaba licitando y que debían analizar los postores con el propósito de elaborar sus propuestas. Este Expediente Técnico contenía, entre otros alcances, la siguiente información:
- Que, el plazo de ejecución de la obra sería de 540 días calendarios.
 - Que, la aplicación de asfalto (carpeta asfáltica MAC B) se iniciaría a partir del sexto mes de iniciada la ejecución de la obra.
 - Las partidas y metrados previstos por cada partida, respectivamente.
- c) Asimismo, durante la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20 se informó a los postores, entre otros, lo siguiente:
- Que, el valor referencial elaborado por PROVIAS NACIONAL fue calculado en base a precios al 30 de julio de 2003.
 - Que, para PROVIAS NACIONAL había previsto el inicio de las obras, a más tardar, los últimos días del mes de enero de 2004.
- d) Con fecha 30 de octubre de 2003, diversos postores- incluyendo al Consorcio Neshuya- presentaron sus propuestas técnicas y económicas en el marco de la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20 y con fecha 27 de agosto de 2004, se suscribió el Acta del Comité Especial acordando cursar un Oficio Circular a todos los postores, comunicando la adjudicación de la Buena

Pro al Consorcio Neshuya; y el 23 de noviembre de 2004, el Consorcio y PROVIAS NACIONAL suscribieron el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20.

- e) La demora del proceso de selección produjo la imposibilidad de iniciar la ejecución de las obras de manera inmediata. La entrega del terreno ocurrió con fecha 31 de marzo de 2005, verificándose desde ese momento que las condiciones físicas del tramo y del terreno eran radicalmente diferentes a las previstas en el Expediente Técnico. Esta situación originó que, durante la ejecución de la obra, fueran tramitados hasta 6 Presupuestos Adicionales de Obra.
- f) Por la magnitud del último Presupuesto Adicional ascendente a US\$ 11, 600,851.35 por mayores metrados de movimiento de tierras, pavimentos, obras de arte y drenaje y partidas nuevas, éste requirió la aprobación de la Contraloría General de la República. Por Resolución de Vicecontralora N° 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006, la Contraloría General de la República resolvió autorizar únicamente la suma de US\$ 3,000,000. PROVIAS NACIONAL planteó un recurso de reconsideración contra dicha decisión, lo que originó que la Contraloría General de la República autorice el Presupuesto Adicional N°6, hasta la suma de US\$ 6, 772,938.69. Esta decisión, fue igualmente apelada por PROVIAS NACIONAL estimándose parcialmente dicha impugnación, hasta por la suma de US\$ 9, 726,398.46.
- g) Durante la ejecución de la obra, fueron tramitadas 6 solicitudes de ampliación de plazo, de las cuales fueron aprobadas 4. En total, las ampliaciones de plazo aprobadas por PROVIAS NACIONAL, hicieron un total de 280 días, de manera que el plazo de duración original de la obra fijado inicialmente en 540 de días, se extendió en 268 días.
- h) Por Carta N° 014-/07-RDLF.PCB de fecha 3 de abril de 2007, el Consorcio presentó su liquidación de Obra, en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20. Esta liquidación fue materia de análisis de la Supervisión de la Obra, quien emitió el

795

Informe Especial N° 280554-INFE-07-037, de fecha 23 de abril de 2007, planteando diversas consideraciones que fueron observadas por el Consorcio Neshuya.

- i) Debido a la excesiva demora entre la fecha de presentación de la Propuesta y la fecha de suscripción del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, el Consorcio Neshuya solicitó, por carta notarial de fecha 14 de julio de 2006, el inicio de un proceso arbitral cuya única pretensión principal fue el reconocimiento del derecho de reajuste del precio del Contrato, desde la fecha de la oferta, hasta la fecha de la celebración del Contrato. Como pretensión accesoria, el Consorcio Neshuya solicitó la aplicación del factor de reajuste $K=1.1349$ al precio contractual. Esta controversia concluyó con la emisión del Laudo de Derecho de fecha 11 de diciembre de 2007, en el cual el Tribunal Arbitral estableció que el Consorcio Neshuya tenía derecho a un reajuste del precio del Contrato mediante la aplicación de un factor de reajuste de $K=1.1106$.

- j) De otro lado, puesto que PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Neshuya no alcanzaron acuerdo sobre la Liquidación de la Obra, por Carta Notarial N° 257330 del 20 de junio de 2007 el Consorcio Neshuya presentó una solicitud de arbitraje que dio lugar a un arbitraje que concluyó con la emisión del Laudo Arbitral de fecha 30 de octubre de 2009, en el cual, entre otros, se declaró lo siguiente:
 - a) Segunda pretensión principal: referida al pago de US\$ 2'088,821.54 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa por el empobrecimiento sufrido por el Consorcio Neshuya debido a los mayores costos incurridos en la ejecución de la Partida 103 - Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial. Fue declarada Improcedente.

 - b) Cuarta pretensión principal: referida al pago de US\$ 1'312,372.22 más intereses, como indemnización por enriquecimiento sin causa por el



empobrecimiento sufrido por el Consorcio Neshuya debido a la ejecución de mayores metrados ejecutados que resultaron necesarios para cumplir la finalidad de la obra y permitir su recepción. Fue declarada Improcedente.

- c) Séptima pretensión principal: referida al pago de US\$ 1'217,766.58 por actualización de los precios ofertados por aplicación del factor de reajuste fijado en el "Proceso Arbitral No. 01" (K=1.1106). En esta pretensión se solicitó al Tribunal que la actualización ordenada en el Arbitraje Nº 1 se aplique, a los pagos que recibió el Consorcio por la ejecución de los presupuestos adicionales, cuyos precios fueron pagados por PROVIAS considerando los precios ofertados originalmente (sin la actualización ordenada por el Arbitraje Nº 1). Fue declarada Fundada.

Respecto a las pretensiones referidas en los literales a) y b) precedentes, las cuales fueron declaradas Improcedentes en el laudo de fecha 30 de octubre de 2009, el Consorcio Neshuya precisó que no hubo pronunciamiento sobre el fondo; por lo que quedó abierta la posibilidad de ser sometidas a un nuevo proceso arbitral y que no adquirieron calidad de cosa juzgada.

Finalmente respecto a la pretensión referida en el literal c) anterior, el Consorcio Neshuya señala que fue declarada fundada la actualización de los precios de los presupuestos adicionales que fueron aplicados en base a precios originales de la oferta, correspondiendo la misma actualización por aplicación del factor de reajuste fijado en el proceso arbitral anterior (K=1.1106).

9. Como fundamentos de derecho de su demanda, el Consorcio Neshuya alega lo siguiente:

- a) Primera Pretensión Principal: Alega el Consorcio Neshuya que PROVIAS NACIONAL incumplió las siguientes obligaciones contractuales:

- No entregó el Tramo en las condiciones descritas en el Expediente Técnico.
 - Incumplió su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado, que reflejara la situación real de ejecución de la obra.
 - Incumplió con la obligación de ejecutar el Contrato de buena fe e incumplió con su deber de información.
 - Incumplió con su obligación de ejercer la dirección y el control de la Obra.
 - En el supuesto negado que PROVIAS haya considerado que se trataba de un adicional de obra, debió tramitar adecuadamente su aprobación y no lo hizo.
- b) Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Alega el Consorcio Neshuya que PROVIAS NACIONAL incurrió en abuso de derecho:
- De su derecho a exigir al Consorcio Neshuya la actividad de mantenimiento de tránsito y seguridad vial del Tramo.
 - De su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.
 - De su derecho contractual a recibir la prestación del Consorcio Neshuya.
- c) Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: El Consorcio Neshuya solicita que:
- Se declare fundada esta pretensión en caso la primera pretensión principal, y su primera subordinada sean desestimadas por el Tribunal Arbitral.
 - Señalando que se configuraron los elementos del Enriquecimiento Sin Causa.
- d) Segunda Pretensión Principal: Alega el Consorcio Neshuya que PROVIAS NACIONAL incumplió las siguientes obligaciones contractuales:
- Incumplió con su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado.

- Incumplió la obligación de ejecutar el Contrato de Buena fe.
- Incumplió con su obligación de ejercer la dirección y el control de la Obra.

e) Primera pretensión subordinada de la Segunda Pretensión Principal:
Alega el Consorcio Neshuya que PROVIAS NACIONAL incurrió en abuso de derecho:

- De su derecho a recibir del Consorcio Neshuya la obra completa y terminada.
- De su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.
- De su derecho a rechazar la Obra.
- De su derecho contractual a recibir la prestación del Consorcio Neshuya.

f) Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: El Consorcio Neshuya solicita que:

- Se declare fundada esta pretensión en caso la segunda pretensión principal, y su primera subordinada sean rechazadas.
- Se señale que se configuraron los elementos del Enriquecimiento Sin Causa.

10. Por Resolución Nº 3 de fecha 17 de noviembre de 2010, se admitió a trámite la demanda interpuesta por el Consorcio Neshuya y se tuvo por ofrecidos los medios probatorios.

CONTESTACIÓN DE PROVIAS NACIONAL

11. (Provías Nacional contestó la demanda por escrito del 29 de diciembre de 2010 negándola en cada uno de sus extremos y solicitando que sea desestimada.

a) Con relación a la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, alega PROVIAS NACIONAL que el Consorcio Neshuya, luego de la entrega del terreno (31.03.2005),

advirtió el 1 de julio de 2005 que el total de kilómetros sin asfalto era de 39.377 km y no lo consignado en el Expediente Técnico, lo que comunicó al Supervisor con Carta N° 85/05CNE-OBRA. Sin embargo, el Consorcio Neshuya no solicitó oportunamente el reconocimiento de un presupuesto adicional.

- b) Añade que el Consorcio Neshuya debió tramitar los mayores costos como adicionales de obra y ser sometidos a la aprobación de PROVIAS NACIONAL y la Contraloría General de la República, contando para ello con el debido sustento técnico legal. Por ello, califica esta pretensión de extemporánea.
- c) Indica también que al presentarse el reclamo en la liquidación del contrato, no es posible atenderlo, ya que según lo dispuesto por la Contraloría, no se puede pagar adicionales de obra ejecutados.
- d) Finalmente con relación a esta pretensión, PROVIAS NACIONAL solicita se tenga presente la siguiente cita del Laudo de fecha 30 de octubre de 2009, numeral 155, *"en opinión del Tribunal Arbitral, los trabajos realizados por el Consorcio pese a que no estaban directamente vinculados con la ejecución de la obra principal (...) sino con el cumplimiento de una obligación accesoria de cargo del Consorcio, los mayores trabajos que hubieran sido realizados para completar dichas actividades podrían haber sido objeto del procedimiento en el numeral 14 de las CEC"*.
- e) Con relación a la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, respecto a los mayores metrados detectados al momento de la liquidación, PROVIAS NACIONAL alega que, si bien serían obras ejecutadas por el Contratista, estas no cuentan con la aprobación ni autorización correspondiente de la Entidad ni de la Contraloría General de la República respectivamente, razón por la cual no es procedente ser tomado en cuenta en la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra.
- f) Asimismo, con relación a los metrados denegados por la Contraloría General de la República del Adicional N° 6, PROVIAS NACIONAL alega que al haber sido rechazados a través de la Resolución N° 324-2006-CG del 31 de octubre de 2006, no pueden someterse a arbitraje. Agrega PROVIAS NACIONAL que,

admitir una aprobación de adicionales vía regularización, implicaría contravenir las normas de contratación pública y de control gubernamental, con la consecuente responsabilidad administrativa que ello conlleva.

g) Además, PROVIAS NACIONAL cita el Laudo de fecha 30 de octubre de 2009, para señalar que si bien el Contrato es a precios unitarios, este hecho no significa que los mayores metrados ejecutados no deban ser considerados como adicionales de obra.

12. Asimismo, PROVIAS NACIONAL deduce las siguientes excepciones:

- Excepción de incompetencia por enriquecimiento sin causa.
- Excepción de incompetencia, respecto de la Segunda Pretensión Principal.

13. Por Resolución N° 05 del 21 de enero de 2011, se tuvo por presentadas las excepciones, por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios.

14. Por escrito de fecha 10 de marzo de 2011, el Consorcio Neshuya absolvió las excepciones presentadas.

15. Con fecha 19 de agosto de 2011, se llevó a cabo la Audiencia Pericial.

16. Con fechas 15 y 19 de setiembre de 2011, PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Neshuya, respectivamente, presentaron sus escritos de alegaciones finales al Tribunal Arbitral.

17. Con fecha 19 de octubre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.

II.3. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

18. Por Resolución N° 6 de fecha 18 de marzo de 2011, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de

Medios Probatorios, la misma que se llevó a cabo con fecha 6 de abril de 2011 en la sede del Tribunal. La Audiencia se celebró con la presencia de Tribunal Arbitral y de las partes debidamente representadas.

19. En esta Audiencia el Tribunal Arbitral invitó a las partes a fin de propiciar un acuerdo conciliatorio que pusiera fin al proceso; las partes expresaron que, en ese momento, no resultaba posible arribar a una conciliación; no obstante, se dejó expresa constancia que la misma podría darse en cualquier estado del proceso.
20. También en esta Audiencia y como se señaló en la Resolución N° 6, de conformidad con el numeral 18) del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral se reservó la facultad de resolver las excepciones planteadas por PROVIAS NACIONAL al momento de emitirse el laudo respectivo.
21. También en esta Audiencia, luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda y contestación de la demanda y según lo dispuesto en el numeral 19) del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1.1 Cuestiones Previas.

1.1.1 *Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin causa planteadas por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.*

1.1.2 *Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a la segunda pretensión principal planteada por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.*

1.2 Puntos controvertidos:

1.2.1 *Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la obra, con un alcance mayor respecto al precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos y sobre costos, superiores a los previstos en el Expediente Técnico.*

1.2.2 *En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales.*

1.2.3 *En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.*

1.2.4 *Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses, por concepto de indemnización por el daño que se le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar mayores metrados, superiores a los previstos en el Expediente Técnico, los que habrían sido necesario ejecutar, para completar la obra, y que no le habría sido reconocido ni pagado.*

1.2.5 En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales.

1.2.6 En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1,457,520.59, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

1.3 Punto controvertido común:

1.3.1 Determinar a quién o a quiénes y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

22. También en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite todos los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Neshuya en su escrito de demanda, y los ofrecidos por PROVIAS NACIONAL a través de su escrito de contestación de demanda. En el caso del medio probatorio ofrecido por el Consorcio Neshuya en el numeral 35) del acápite referido a Medios Probatorios Generales del escrito de demanda, consistente en el informe legal elaborado por el Estudio Cassagne Abogados de la ciudad de Buenos Aires, el Tribunal Arbitral lo tuvo por presentado y corrió traslado a PROVIAS NACIONAL para luego disponer lo pertinente sobre su admisión. En el caso del medio probatorio ofrecido por el Consorcio en el numeral 36) del acápite referido a Medios Probatorios Generales de su escrito de demanda, el Tribunal se reservó un pronunciamiento hasta que éste sea presentado. En el caso de las pericias ofrecidas por la parte demandante en el numeral 41) del acápite referido a Medios Probatorios de la Primera Pretensión Principal y sus Pretensiones Subordinadas del escrito de demanda, y en el numeral 24) del acápite referido a Medios Probatorios de la Segunda Pretensión Principal y sus Pretensiones

Subordinadas del escrito de demanda, éstas fueron admitidas, disponiendo que luego se determinaría la forma de su actuación.

23. En la Audiencia el Tribunal Arbitral también dejó constancia de su reserva al derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reserva la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que, el Tribunal las considere prescindibles o innecesarias.

II.4. ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

24. Por escrito presentado con fecha 18 de abril de 2011, el Consorcio Neshuya adjuntó el informe pericial del Ing. Carlos López Avilés sobre el mayor gasto asumido por el demandante por Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, así como el elevado costo por la ejecución de mayores metrados.
25. Por escrito presentado con fecha 20 de abril de 2011, PROVIAS NACIONAL absolvió traslado del informe legal elaborado por el Estudio Cassagne Abogados.
26. Por Resolución N° 8 de fecha 29 de abril de 2011, el Tribunal resolvió incorporar al proceso arbitral el dictamen pericial, con conocimiento de PROVIAS NACIONAL a fin de manifestar lo conveniente a su derecho.
27. Por escrito presentado con fecha 18 de abril de 2011, el Consorcio Neshuya presentó el informe elaborado por el doctor Giovanni F. Priori Posada sobre los alcances de la cosa juzgada. Por Resolución N° 9 de fecha 29 de abril de 2011, se tuvo por presentado este documento, con conocimiento de PROVIAS NACIONAL y se otorgó a ésta un plazo de 10 días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
28. Por escrito de fecha 24 de mayo de 2011, PROVIAS NACIONAL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 8 alegando que el Tribunal Arbitral debió

correr traslado a PROVIAS NACIONAL antes de incorporar el Dictamen Pericial emitido por el Ing. Carlos López Avilés. Corrido el traslado al Consorcio Neshuya por Resolución N° 11 del 08 de junio de 2011, éste presentó su absolución por escrito de fecha 15 de junio de 2011 señalando que no existió violación alguna al derecho de defensa de PROVIAS NACIONAL pues ésta no se opuso a la admisión del Dictamen Pericial como medio probatorio cuando se ofreció en la demanda arbitral, ni tampoco cuestionó la admisión del mismo en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

29. Por escrito de fecha 1 de junio de 2011, PROVIAS NACIONAL absolvió traslado del informe elaborado por el doctor Giovanni F. Priori Posada.
30. Por escrito de fecha 14 de junio de 2011, PROVIAS NACIONAL manifestó lo conveniente a su derecho con relación el Dictamen Pericial emitido por el Ing. Carlos López Avilés.
31. Con fecha 19 de agosto de 2011 se llevó a cabo la Audiencia Pericial con las partes debidamente representadas y se concedió la palabra al perito, Ing. Carlos López Avilés para que procediera con la exposición de su dictamen pericial.
32. En la Audiencia Pericial, también se emitió la Resolución N° 15, disponiendo la admisión e incorporación al arbitraje del Informe Legal elaborado por el doctor Giovanni F. Priori Posada.
33. En la Audiencia Pericial, el Tribunal también emitió la Resolución N° 16, mediante la cual tomando en cuenta el estado del proceso y no existiendo medios probatorios pendientes de actuación, concedió el plazo para que las partes presenten sus alegaciones y conclusiones finales y de considerarlo conveniente soliciten el uso de la palabra para informar oralmente.

II.5. INFORMES FINALES

34. El Consorcio Neshuya y PROVIAS NACIONAL presentaron sus alegatos escritos; y por Resolución N° 17 de fecha 21 de septiembre de 2011, el Tribunal citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 5 de octubre de 2011.
35. A través de su escrito del 28 de septiembre de 2011, el Consorcio Neshuya solicitó la reprogramación de la Audiencia, por lo que a través de la Resolución N° 18 del 29 de septiembre de 2009 se reprogramó la Audiencia para el 19 de octubre de 2011.
36. El 19 de octubre de 2011, en la sede del Tribunal Arbitral, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia del Tribunal Arbitral y las partes debidamente representadas, a quienes se concedió el uso de la palabra para sustentar sus posiciones.
37. También en la Audiencia de Informes Orales el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 20 declarando que los autos se encontraban expeditos para la emisión del Laudo Arbitral y estableciendo que el plazo para laudar de treinta días hábiles se computaría a partir del día siguiente de la notificación de dicha resolución, lo que ocurrió en ese mismo acto.
38. Sin embargo, PROVIAS NACIONAL presentó ante el Tribunal Arbitral dos decisiones judiciales referidas al: (i) Expediente N° 57-2011, emitida por la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de anulación de laudo iniciado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra JC Contratistas Generales E.I.R.L.; y el (ii) Expediente Casación N° 5114-09, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de anulación de laudo iniciado por el Consorcio Cosapi – Translei contra Proviás Descentralizado, las cuales se pusieron en conocimiento del Consorcio Neshuya.

39. En atención a lo anterior, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2011, el Consorcio Neshuya presentó unas precisiones sobre las sentencias judiciales presentadas por PROVIAS NACIONAL en la Audiencia de Informe Orales.

III. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

40. En este apartado se hará un análisis de los Puntos Controvertidos fijados en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, tomando en cuenta todos los argumentos y pruebas aportados en el proceso, dejando expresa constancia de que los argumentos y pruebas no señalados expresamente han sido igualmente valorados sin alterar en modo alguno el sentido del presente laudo.

Primera Cuestión Previa

- 1.1.1. *Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin causa planteadas por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.*

41. Con relación a la Primera Cuestión Previa, las partes han expuesto lo siguiente:

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

42. PROVIAS NACIONAL sostiene que pese a que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable, ello no significa que en el caso concreto lo sea, toda vez que no fue acordado por las partes. Al respecto, sostuvo lo siguiente en su escrito de contestación:

“De lo señalado, y una vez aclarado que son las partes las que deciden expresamente que materias someten a arbitraje; debemos indicar que pese a que el enriquecimiento sin causa per se es materia arbitrable, ello no es indiciario que

en caso de autos se pueda someter al procedimiento arbitral, pues las partes no declararon su voluntad expresa de someter esta institución al fuero arbitral.”

43. Adicionalmente a ello, PROVIAS NACIONAL sostiene que no tenía facultades para someter el enriquecimiento sin causa a arbitraje debido a que se trata de una materia extracontractual, señalando lo siguiente:

“(…) debido a que artículo 187º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Nº 013-2001-PCM, establece de manera expresa cuales son las controversias arbitrables surgidas de la EJECUCIÓN del contrato público, regulación en la que no se incluye al enriquecimiento sin causa, pues legislativamente el enriquecimiento injusto es una fuente de obligaciones distinta, independiente y autónoma al contrato.”

“En este sentido, el enriquecimiento sin causa no puede formar partes de las controversias surgidas de la ejecución contractual, pues legislativamente tiene una naturaleza distinta, en tanto representa una fuente de obligaciones ajena al contrato (y por la existencia de una acción alternativa, (...)). Para reforzar lo antes señalado, se debe tener en cuenta que debido al carácter extracontractual del enriquecimiento indebido PROVIAS NACIONAL, no tenía facultades para incluirla en el convenio arbitral, razón por la cual, no la plasmó expresamente.”

44. Además, PROVIAS NACIONAL indica que resulta de aplicación supletoria el Código Civil, por lo que el enriquecimiento sin causa no puede formar parte de las controversias surgidas de la ejecución contractual, por tratarse de una figura que legislativamente tiene una naturaleza distinta en tanto representa una fuente de obligaciones ajena al contrato, por su carácter extracontractual.

45. Agrega PROVIAS NACIONAL que a lo anterior, se suma que el enriquecimiento indebido tiene carácter residual, por lo que la existencia de otras vías reconocidas por el ordenamiento para que el contratista haga valer sus pretensiones, hace que devenga en improcedente.

46. Finalmente, citamos el párrafo, en el cual PROVIAS NACIONAL enumera las razones que fundamentan su excepción:

“(…) queda claro que el enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable porque i) tiene un origen extracontractual; ii) PROVIAS NACIONAL no contaba con autorización para someterlo al convenio arbitral, iii) no sé pactó expresamente como materia arbitrable; y, iv) su carácter residual origina su improcedencia debido a que el sistema jurídico le reconoce al contratista, otra vía a efectos de hacer valer sus pretensiones, (…).”

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

47. El Consorcio Neshuya consideró necesario precisar que PROVIAS NACIONAL omitió señalar contra qué pretensiones formuló esta excepción; por lo que manifiesta:

“Pese a ello, entendemos que la “excepción de incompetencia por enriquecimiento sin causa” deducida por PROVIAS NACIONAL se ha dirigido contra todas aquellas pretensiones en las que el CONSORCIO NESHUYA ha invocado, precisamente, la figura del enriquecimiento sin causa, a saber: (i) la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, y (ii) la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.”

48. Luego, el Consorcio Neshuya pasa a desarrollar sus fundamentos para desestimar la excepción referida, afirmando que las pretensiones de enriquecimiento sin causa que plantea son arbitrales y están incluidas en la cláusula arbitral.

49. Sus argumentos se basan en que independientemente de si el enriquecimiento sin causa es extracontractual o no, sí estaba considerado en el convenio arbitral. Al respecto señalan en su escrito N° 03 presentado con fecha 10 de marzo de 2011, con relación a la cláusula arbitral:

“Se trata, en realidad, de una cláusula tipo de los contratos de obra celebrados de acuerdo a las normas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la cual comprende a cualquier controversia que surja entre las partes desde la celebración del contrato.”

“En efecto, la referida cláusula únicamente fija un criterio temporal para dilucidar cualquier controversia que surja entre las partes: desde la celebración del contrato. Por el contrario, no se establece un listado taxativo que, de forma expresa, indique cuáles materias son arbitrables, como pretende PROVIAS NACIONAL.”

50. En esta línea, para el Consorcio Neshuya, sin entrar a discutir si el enriquecimiento sin causa tiene carácter contractual o extracontractual, por estar ante controversias surgidas entre las partes con posterioridad a la celebración del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, nos encontraríamos ante una materia arbitrable en virtud de lo pactado por las partes en la cláusula arbitral.

51. Respecto al requisito de subsidiariedad, el Consorcio Neshuya sostiene que sus pretensiones de enriquecimiento sin causa lo cumplen, debido a que las pretensiones de enriquecimiento indebido están planteadas en calidad de subordinadas. Es por ello que sostiene:

“Por ese motivo, el Tribunal Arbitral únicamente pasará a pronunciarse respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal, en la eventualidad de que disponga desestimar tanto la Pretensión Principal como la Primera Pretensión Subordinada, en ambos casos.”

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

52. El Tribunal Arbitral conviene precisar que cuando PROVIAS NACIONAL deduce excepción de incompetencia si bien no indica inicialmente respecto a qué pretensiones la presenta; en el numeral 6.1 de su contestación señala lo siguiente:

*“Si bien con fecha 23 de noviembre de 2004, PROVIAS NACIONAL y el CONSORCIO NESHUYA suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, este proceso arbitral se originó por la solicitud de supuestos incumplimientos contractuales atribuibles a la Entidad, **teniendo como segunda pretensión subordinada de sus dos pretensiones el pago de US\$. 3, 674, 669.23 dólares americanos por concepto de indemnización por enriquecimiento sin causa. (...)”***

53. En ese sentido, PROVIAS NACIONAL sí precisa en el desarrollo de su contestación las pretensiones contra las que interpone la excepción de incompetencia referida al enriquecimiento ilícito. Es decir, la excepción planteada se refiere a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal y a la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Luego de efectuada esta aclaración, el Tribunal Arbitral se ocupará a continuación de evaluar si el enriquecimiento sin causa es una materia arbitrable para el presente proceso arbitral, y si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones vinculadas al enriquecimiento sin causa planteadas por el Consorcio Neshuya en su escrito de demanda. Para ello, este Tribunal considera que debe analizarse si la figura de enriquecimiento sin causa se encontraba incluida o no en la cláusula arbitral.

54. El Tribunal Arbitral ha considerado pertinente iniciar su análisis legal partiendo desde la misma cláusula arbitral, por ser la manifestación de voluntad de las partes. Esta cláusula contenida en el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20, establece:

“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: Solución de Controversias

16.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley”.
(resaltado nuestro)

55. De la cita textual, se observa que el acuerdo para someter materias al arbitraje, no se limita según la naturaleza de los reclamos, sino por su temporalidad, es decir que la posibilidad de ventilar controversias en un proceso arbitral solo se condiciona a que se hayan originado en cualquier momento ocurrido desde la celebración del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20.
56. Atendiendo a lo expresamente pactado por las partes, no resulta relevante si la controversia tiene o no un origen contractual, sino sólo que se haya originado luego de celebrado el Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20. Así lo establecieron las partes en el contrato, y por consiguiente es lo que debe primar a efectos de establecer las materias arbitrables, en virtud del artículo 1361º del Código Civil Peruano, que regula la obligatoriedad de los contratos como sigue:

“Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”

57. Al respecto, este Tribunal entiende que el alcance del convenio arbitral está determinado por lo pactado expresamente por las partes, siendo que ello es lo que responde a una voluntad común. Y en ese sentido, las partes voluntariamente optaron por someter a arbitraje cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, sin hacer ninguna distinción. Por tanto, en aplicación del

artículo 1361º del Código Civil, este pacto es obligatorio y vinculante entre las partes.

Asimismo, PROVIAS NACIONAL no ha probado que los asuntos referidos al enriquecimiento sin causa hayan quedado excluidos del alcance de la cláusula arbitral arriba citada, siendo que la carga de la prueba en este extremo le corresponde a ella.

58. Con relación al argumento de PROVIAS NACIONAL sobre la aplicación del artículo 187º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 013-2001-PCM, alega PROVIAS NACIONAL que el enriquecimiento sin causa sería materia judicial al no estar dentro de los supuestos regulados en el artículo 187º referido, y además porque no se pactó en el convenio arbitral la obligación de resolver una controversia extracontractual.

59. Sin embargo, la primera parte del artículo 187º al que se refiere PROVIAS NACIONAL dispone textualmente:

“Artículo 187.- Cláusula Arbitral.-

La proforma del contrato y el contrato contendrán por escrito una cláusula de solución de controversias, en virtud de la cual toda controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho.

Dicha cláusula podrá tener el siguiente texto:

“Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento...” (resaltado agregado)

De la cita anterior se puede apreciar que el artículo 187º del Reglamento no restringe la cláusula arbitral según la naturaleza de las controversias surgidas entre las partes, ni excluye aquellas controversias de naturaleza extracontractual, sino

por el contrario, resulta ser una cláusula bastante amplia, que comprende “cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato”, lo que confirma la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias referidas a un enriquecimiento sin causa surgido con posterioridad a la celebración del Contrato. En especial, si consideramos la estrecha relación entre el enriquecimiento sin causa que alega el Consorcio Neshuya y la ejecución de este Contrato.

60. Sobre el particular cabe hacer referencia a un principio interpretativo según el cual no corresponde hacer distinción donde la ley no distingue. En este caso, el convenio arbitral no distingue las materias arbitrables por su naturaleza, ni excluye de su alcance a materias extracontractuales o específicamente de enriquecimiento sin causa. Por lo tanto, cuando las partes pactan el sometimiento de “cualquier controversia”, no corresponde a este Tribunal aplicar excepciones no pactadas expresamente por las partes.
61. Asimismo, este Tribunal no puede dejar de apreciar que el enriquecimiento sin causa que reclama el Consorcio Neshuya como Segunda Pretensión Subordinada a su Primera Pretensión Principal se origina en las actividades de mantenimiento de tránsito llevadas a cabo por el Consorcio Neshuya como parte de la ejecución contractual, y con el objeto de no incumplir una obligación de carácter permanente que no podría ser interrumpida, la cual debía ejecutar desde la entrega del terreno hasta la recepción de la obra, según los términos contractuales.
62. Asimismo, el enriquecimiento sin causa que reclama el Consorcio Neshuya como Segunda Pretensión Subordinada a su Segunda Pretensión Principal se origina en la ejecución de mayores metrados que resultaron necesarios para la culminación de la obra, y que fueron aceptados durante su ejecución por la Supervisión y reconocidos por PROVIAS NACIONAL como necesarios para culminar la obra durante este arbitraje.
63. Es decir, en ambos casos en que el Consorcio Neshuya alega la existencia de un enriquecimiento sin causa, encontramos que el origen del mismo guarda una

estrecha relación con la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20 por parte del Consorcio Neshuya, y especialmente por ello, no sería apropiado excluir estas controversias del Convenio Arbitral, en especial considerando el amplio alcance pactado por ambas partes en dicho convenio arbitral.

64. Por otro lado, al ser las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa, las segundas pretensiones subordinadas a cada una de las dos pretensiones principales, este Tribunal Arbitral se pronunciará sobre aquéllas, si y sólo si ninguna de las pretensiones anteriores es acogida. Por ello, se entiende cumplido el requisito de residualidad.
65. Por el análisis jurídico desarrollado, este Tribunal Arbitral considera que las pretensiones de enriquecimiento sin causa, solicitadas en calidad de segundas pretensiones subordinadas, sí constituyen materias arbitrables al amparo del convenio arbitral contenido en el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20. Por consiguiente, este Tribunal tiene competencia para analizarlas, de ser el caso.
66. Luego de esta conclusión, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADAS las excepciones deducidas en contra de la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, y de la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Segunda Cuestión Previa

1.1.2. *Determinar si este Tribunal Arbitral es competente o no para conocer y pronunciarse respecto a la segunda pretensión principal planteada por el CONSORCIO NESHUYA en su escrito de demanda.*

-   67. Con relación a la Segunda Cuestión Previa, las partes han expuesto lo siguiente:
- 

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

68. PROVIAS NACIONAL sostiene que no puede reconocer los mayores metrados relacionados al Presupuesto Adicional N° 06, reclamados mediante la Segunda Pretensión Principal, toda vez que contravendría la decisión de la Contraloría General de la República (Resolución N° 324-2006-CG).

69. Al respecto PROVIAS NACIONAL realiza la siguiente afirmación:

*“En ese sentido, no podría ordenarse el pago de la segunda pretensión principal. Ello debido a que de acuerdo con el artículo 23º de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, no pueden ser arbitrables las resoluciones emitidas por la Contraloría, porque tienen carácter de normas *ius Imperium*”.*

70. PROVIAS NACIONAL se remite también a la Cláusula 14 de las Condiciones Generales del Contrato, el Art. 266º del Reglamento de la Ley N° 26850 (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), y el Art. 22º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, para concluir lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, queda claro que el Tribunal Arbitral no es competente para conocer las decisiones que haya emitido la CONTRALORÍA, ello aun cuando se alegue que tales decisiones adolecen de vicios que la invalidan. Ante la existencia de estos vicios el camino adecuado para cuestionar tales decisiones sería entablar una demanda contenciosa administrativa más no recurrir a un proceso arbitral.”

71. Finalmente, PROVIAS NACIONAL solicita tomar en cuenta la tercera disposición final de la Ley N° 28128, por ser una norma que establece que si una obra adicional

sobrepasa el 10% del contrato original, debe contar también con la autorización expresa de la Contraloría para la ejecución y pago del monto otorgado.

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

72. Al tratarse de una excepción deducida contra la Segunda Pretensión Principal, el Consorcio Neshuya consideró necesario en primer lugar señalar que *“en el supuesto negado que el Tribunal decida acoger esta excepción de incompetencia deberá pasar luego a pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones subordinadas de la Segunda Pretensión Principal. Y es que, a diferencia de las “pretensiones accesorias”, las “pretensiones subordinadas” no siguen la suerte de la Pretensión Principal”*.
73. Luego de ello, precisa que si bien la Segunda Pretensión Principal tiene dos extremos: i) daños relacionados a los mayores metrados advertidos durante el cálculo de los metrados finales; y, ii) daños relacionados a los mayores metrados ejecutados rechazados por la Contraloría General de la República en su Resolución N° 324-2006-CG, con motivo del Presupuesto Adicional N° 06; la presente excepción ha sido deducida contra el segundo extremo.
74. Una vez que realiza la aclaración, el Consorcio Neshuya justifica por qué considera que la excepción debería ser rechazada por el Tribunal, de la siguiente manera:

“Sin embargo, debemos indicar que PROVÍAS NACIONAL no hace más que tergiversar la Segunda Pretensión Principal, planteándola como si el CONSORCIO NESHUYA estuviera cuestionando la decisión de la Contraloría General de la República respecto a los adicionales de la obra.

Al respecto, la Segunda Pretensión Principal consiste, más bien, en que el Tribunal Arbitral declare que se ha configurado un supuesto de incumplimiento contractual por parte de PROVÍAS NACIONAL, que deberá ser indemnizado por los daños que ello ha generado en el CONSORCIO NESHUYA.

A mayor abundamiento, los mayores metrados no aprobados por la Contraloría General de la República al aprobarse el Presupuesto Adicional de Obra No. 06 no lo fueron por un único motivo: la insuficiencia documental proporcionada por PROVIAS para efectos de sustentar la necesidad de ejecutar tales metrados con el objeto de ejecutar adecuadamente la obra.”

75. El Consorcio Neshuya señala que su pretensión no consiste en cuestionar una decisión de Contraloría, sino que solicita que se le reconozca un resarcimiento por incumplimientos contractuales de PROVIAS que originaron la ejecución de mayores metrados a aquellos autorizados administrativamente. El Consorcio Neshuya afirma además, que PROVIAS NACIONAL no cumplió con presentar documentación e información suficientes para sustentar las partidas nuevas durante la tramitación del presupuesto adicional N° 6.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

76. La Cláusula Décimo Sexta del Contrato dispone:

“CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: Solución de Controversias

16.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley”. (resaltado nuestro)

77. Al respecto, el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 estipula:

“Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General."

78. Asimismo, el numeral literal k) del artículo 22 de la Ley N° 27785 dispone, que entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, se encuentra la siguiente:

"k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento."

79. De otro lado, el artículo 1 de la Ley N° 26572 disponía que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, excepto, entre otros, las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

80. Es en ese sentido PROVIAS NACIONAL señala que estaríamos ante una materia no arbitrable, inherente a facultades de *Imperium* del Estado, consistente en la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

81. Sobre el particular, es opinión de este Tribunal que tanto el Convenio Arbitral como las normas arriba citadas determinan con claridad que la atribución de la Contraloría General de la República consistente en aprobar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra corresponde a una potestad de *Ius Imperium* del Estado, y no puede por tanto, constituir una materia arbitrable.
82. Más aún, el Tribunal reconoce que no existe una discusión entre las partes sobre la naturaleza no arbitrable de las decisiones que emite la Contraloría General de la República con relación a los presupuestos adicionales de obra, pues el Consorcio Neshuya no ha negado la postura de PROVIAS NACIONAL en ese sentido.
83. Sin embargo, es pertinente analizar si el Consorcio Neshuya cuestiona a través de su Segunda Pretensión Principal esta esfera del *Ius Imperium* administrativo, o si lo que pretende ostenta una naturaleza diferente. Es decir, cabe analizar los alcances de las pretensiones de la demanda pues mientras PROVIAS NACIONAL sostiene que se está cuestionando directamente la decisión de la Contraloría General de la República, el Consorcio sostiene que sus pretensiones no cuestionan el sentido de dichas decisiones, sino que versan sobre una reparación por los daños que habría sufrido como consecuencia de incumplimientos contractuales de PROVIAS NACIONAL, o de ello ser desestimado, por los daños que habría sufrido como consecuencia del abuso de derecho por PROVIAS NACIONAL, o de ello ser desestimado, por los daños que habría sufrido como consecuencia de un enriquecimiento sin causa.
84. Al respecto, de una revisión de la Segunda Pretensión Principal, e incluso sus dos pretensiones subordinadas, se verifica que en efecto, el Consorcio Neshuya reclama un resarcimiento de los daños que el actuar de PROVIAS NACIONAL le habría causado durante la ejecución del Contrato, sea que se trate del incumplimiento de obligaciones contractuales (pretensión principal), el abuso de derechos (primera pretensión subordinada) o un enriquecimiento sin causa por PROVIAS NACIONAL. Es decir, el Consorcio exige reparaciones originadas en una relación contractual.

85. Por tanto, los reclamos interpuestos se relacionan a la esfera contractual existente entre PROVIAS NACIONAL y el Consorcio Neshuya originada en la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20, y a los efectos jurídicos de los comportamientos de ambas partes como partes de esta relación jurídico patrimonial.
86. Cabe precisar que, las normas que alega PROVIAS NACIONAL para respaldar la excepción de incompetencia que es materia de análisis, no excluyen del ámbito de arbitraje a las pretensiones indemnizatorias, ni tampoco le asignan a la Contraloría atribuciones públicas para autorizar de manera previa, el pago de indemnizaciones.
87. Sobre el particular, la Responsabilidad Civil responde a un mecanismo que busca tutelar las situaciones jurídicas para satisfacer eficazmente el perjuicio ocasionado. ESPINOZA señala que:

“Sin mucho esfuerzo se puede colegir que, sea por el incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionen daños, la sanción que impone el Código Civil al “responsable” es la de indemnizar. De ello, se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente al autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado.”¹

88. Como señala ESPINOZA, la Responsabilidad Contractual busca tutelar el perjuicio ocasionado por la frustración del interés del acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor. Es en esta línea que, la naturaleza indemnizatoria de las pretensiones planteadas por el Consorcio Neshuya hace que las mismas no guarden relación con la atribución pública de Contraloría a que se refieren en el literal k) del artículo 22º o el artículo 23º de la Ley N° 27785, motivo por el cual este Tribunal considera que sí es competente para pronunciarse sobre los extremos planteados.

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Pág. 31- 32.

89. Sostener lo contrario, es decir, sostener que un contratista no puede reclamar en vía de acción indemnizatoria por los daños ocasionados por PROVIAS NACIONAL en su calidad de entidad contratante, supondría una afectación injustificada a los derechos de la primera. Más aún cuando no constituye una potestad administrativa de la Contraloría General de la República la aprobación previa al pago de resarcimientos, que es lo que se discute en este caso.

90. En conclusión, el Tribunal entiende que el Consorcio no somete ante su conocimiento el sentido ni los alcances de decisiones vertidas por la Contraloría General de la República respecto de presupuestos adicionales, los mismos que sin duda no son materia arbitrable. Lo que el Consorcio Neshuya ha sometido a arbitraje, en la Segunda Pretensión Principal, constituye una indemnización por responsabilidad contractual, debido a los supuestos incumplimientos en los que habría incurrido PROVIAS NACIONAL. Igualmente, en las pretensiones subordinadas a la Segunda Pretensión Principal, el Consorcio Neshuya ha sometido a arbitraje reclamos de naturaleza indemnizatoria que también resultan ajenos a las potestades de autorización previa de presupuestos adicionales de obra que tiene la Contraloría General de la República. Por tanto, estamos frente a materias arbitrales de conformidad con la ley peruana.

91. En ese sentido, el Tribunal deja expresa constancia que el presente Laudo Arbitral no se pronunciará sobre la decisión de la Contraloría General de la República que denegó el Adicional N° 06, sino que deberá analizar la responsabilidad que el Consorcio imputa a PROVIAS NACIONAL por su propia conducta.

92. Asimismo, en caso se desestime la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal es igualmente competente para conocer sobre la Primera y Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal, por los mismos fundamentos desarrollados anteriormente.

Primer Punto Controvertido:

93. El Primer Punto Controvertido consiste en "1.2.1. *Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar el servicio de mantenimiento de tránsito y seguridad vial de la obra, con un alcance mayor respecto al precio contractual, obligándolo a destinar mayores recursos y sobre costos, superiores a los previstos en el Expediente Técnico.*"

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

94. El Consorcio Neshuya alega que, según la Cláusula 27 de las Condiciones Especiales del Contrato, tenía a su cargo la obligación de mantenimiento de tránsito y seguridad vial a partir del inicio de la ejecución de la obra, es decir, el 1 de abril de 2005, pues la entrega del terreno se produjo el día anterior. Agrega el Consorcio Neshuya que en el numeral 103.1 de las Especificaciones Técnicas de la Partida, contenidas en el Expediente Técnico de Obra, se describen los trabajos que se incluyen dentro de las actividades de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
95. El Consorcio Neshuya sostiene que el estado de la carpeta asfáltica no fue el previsto en el Expediente Técnico del Proyecto, donde se indicaba que la capa de rodadura afirmada tendría una longitud de 16.1 Km y que el resto de la vía contaría con revestimiento asfáltico. Sin embargo, entregado el terreno se verificó que había 39.34 Km afirmados. El Consorcio explica que la reducción del número de kilómetros asfaltados del Tramo obedeció a que el Gobierno Regional de Ucayali retiró la carpeta asfáltica.

96. Señala el Consorcio Neshuya que el costo del mantenimiento de tramos afirmados (sin asfaltar) es significativamente más caro que el mantenimiento de tramos una vez aplicado el asfalto. Por ello, el cambio de condiciones en el tramo, consistente en la existencia de menor número de kilómetros asfaltados de aquello que describía el Expediente Técnico, representó mayores gastos de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
97. Agrega el Consorcio Neshuya que, como consecuencia de las ampliaciones de plazo otorgadas durante la ejecución de la Obra, si bien el Expediente Técnico contemplaba el inicio de la aplicación de asfalto (y consecuente reducción de kilómetros asfaltados) a partir del sexto mes de ejecución de la obra, en la realidad esta actividad inició en el duodécimo mes de ejecución de la obra (marzo 2006) y además su ejecución demoró más de lo inicialmente previsto.
98. El Consorcio sostiene que las ampliaciones de plazo extendieron en 268 días adicionales la obligación de mantenimiento de tránsito previstos en la oferta lo que representa mayores gastos en el mantenimiento de tránsito y seguridad vial, lo que no era previsible y merece ser resarcido.
99. El Consorcio sostiene que el cálculo del monto que reclama se efectuó considerando el precio correspondiente a cada kilómetro afirmado mantenido realmente, más los gastos generales, la utilidad y el reajuste dispuesto en el Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2007 del factor $K=1.1106$, lo que fue aplicado al número de kilómetros afirmados realmente mantenidos.

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

100. PROVIAS NACIONAL sostiene que esta pretensión constituye un reclamo extemporáneo, que debió tramitarse como Presupuesto Adicional durante la etapa de ejecución de obra, por lo que mal puede pretender el Consorcio Neshuya incluirlo en su liquidación y pretender su reconocimiento a través de ésta.

101. PROVIAS NACIONAL invoca además el numeral 23.1 de las Condiciones Especiales del Contrato y la Cláusula 14 de las CGC, como sustento para alegar que el reclamo debió tramitarse en su oportunidad como un Adicional de Obra conjuntamente con los demás Adicionales de Obra.
102. Agrega PROVIAS NACIONAL, posteriormente, que el Laudo Arbitral de fecha 30 de octubre de 2009 se pronunció sobre esta controversia, por lo que existiría cosa juzgada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

103. De la revisión de la demanda, la contestación a la demanda, y los escritos presentados por ambas partes a lo largo del proceso, el Tribunal reconoce que no existe una discusión sobre los principales hechos relacionados a esta controversia y que PROVIAS NACIONAL incluso ha reconocido que el Consorcio asumió mayores costos, pero se opone a su pago por los argumentos resumidos anteriormente.
104. Se reconoce como cierto que el estado de la carpeta asfáltica que recibió el Consorcio Neshuya no fue el que estaba previsto en el Expediente Técnico. Asimismo, que ocurrieron ampliaciones de plazo que demoraron la ejecución de la Obra y extendieron su plazo en 268 días. Estos dos elementos, representaron un mayor gasto referido a las actividades de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.
105. Se reconoce como cierto que el Consorcio Neshuya en efecto ejecutó mayores actividades de mantenimiento de tránsito y seguridad vial que aquellas consideradas en el Expediente Técnico de la Obra, el cual fue puesto en conocimiento de los postores por PROVIAS NACIONAL y sirvió como premisa para la cuantificación y elaboración de las propuestas que hicieran los postores durante la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20, entre ellos, el Consorcio Neshuya.

106. Se reconoce como cierto que el Laudo Arbitral de fecha 11 de diciembre de 2007 dispuso la aplicación del factor $K=1.1106$ para actualizar los precios del Contrato, desde la fecha de la propuesta hasta la fecha de la celebración del Contrato.

Alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 y la cosa juzgada:

107. Un aspecto que es discutido en la presente controversia se refiere a los alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 que declaró, entre otros, la improcedencia del Enriquecimiento Sin Causa alegado en ese arbitraje por el Consorcio Neshuya relacionado a las mayores actividades ejecutadas de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.

108. Se reconoce que el Tribunal Arbitral de ese caso laudó declarando improcedente la pretensión incoada, determinando la existencia de cuando menos una acción alternativa como lo es la acción de resarcimiento por culpa *in contrahendo*, derivado de un supuesto incumplimiento del deber de informar a cargo de PROVIAS NACIONAL.

109. Mas allá de lo expuesto por las partes en cuanto al carácter de la Cosa Juzgada, y pese a que no media una defensa de índole formal sobre el particular, sino únicamente las excepciones de incompetencia ya reseñadas, este Tribunal estima conveniente pronunciarse sobre los alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009.

110. La cosa juzgada es uno de los principales componentes del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y se encuentra reconocida en los incisos 2) y 13) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú e incluso en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

111. El Tribunal Constitucional peruano (STC Nº 04587-2004-AA de fecha 29 de noviembre de 2005) ha reconocido que la cosa juzgada garantiza *“que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin*

efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó". Por ello, el Tribunal considera que cualquier intento de modificar el juicio emitido por un magistrado "implicaría afectar el principio de inmutabilidad, que es un atributo de la cosa juzgada".

112. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado en los expedientes N° 02110-2009-PHC/TC y N° 02527-2009-PCH/TC Acumulados, y N° 03199-2011-PA/TC, "que en virtud al artículo 6 del Código Procesal Constitucional, sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo. En ese sentido, a fin de que opere la cosa juzgada en materia constitucional, se han establecido dos requisitos: a) que se trate de una decisión final, y b) que haya pronunciamiento sobre el fondo de la controversia." (El subrayado es nuestro)

Si bien, la cita hace referencia a una norma expresa referida a procesos constitucionales, el razonamiento de la misma es aplicable para los demás tipos de proceso, como es un proceso judicial o arbitral, puesto que la declaración de admisibilidad / inadmisibilidad y la declaración de procedencia / improcedencia, no suponen realmente un juzgamiento sobre si el demandante tiene o no el derecho invocado.

113. La cosa juzgada se sustenta en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, lo que implica poner término a los litigios y así impedir su sucesivo replanteamiento. En la controversia resuelta por el Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009, éste declaró la improcedencia de la acción de Enriquecimiento Sin Causa debido fundamentalmente a la existencia de acciones alternativas como la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Al respecto, la improcedencia de una pretensión no importa un pronunciamiento sobre el fondo de la misma, esto es, no existe una decisión de órgano jurisdiccional que declare si el demandante tiene o no el derecho material reclamado.

114. Al respecto, es crucial para este análisis distinguir entre los pronunciamientos de forma y de fondo. Con relación a esta distinción, MONTERO AROCA señala que *“Partiendo de lo anterior parece evidente que la cosa juzgada debería referirse únicamente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo, planteada en el proceso por la pretensión y la resistencia, pues es en ellas donde se contiene la decisión judicial.”*²

115. El mismo autor distingue con claridad los efectos de un pronunciamiento sobre el fondo, de aquellos de un pronunciamiento de forma y señala que *“La cosa juzgada material, la verdadera cosa juzgada, no la producen todas las resoluciones jurisdiccionales, sino, en principio, únicamente las sentencias sobre el fondo, y todavía más en general podría referirse a todo el proceso.”*³ Esto no aplica a las decisiones anteriores emitidas en el Laudo del 30 de octubre de 2009, por cuanto se trata de decisiones que se pronuncian sobre la forma, al declarar la improcedencia de las pretensiones por enriquecimiento sin causa, dejando a salvo el derecho de la demandante de activar otras vías.

116. Siguiendo este razonamiento, el mismo autor concluye:

*“Se ha afirmado que para que exista cosa juzgada es necesario un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, de modo que cuando el juzgador dicta una sentencia meramente procesal, no entrando en el fondo del asunto por falta de presupuestos o requisitos procesales o existencia de un impedimento, no se produce cosa juzgada. Es cierto que es posible un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado en virtud de una demanda en la que se hayan subsanado los defectos procesales que impidieron la entrada en el fondo del asunto en el proceso anterior, proceso en el que el juzgador habrá de decidir ese tema de fondo.”*⁴

² MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil 1.o. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona. pp. 434.

³ MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil 1.o. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona. pp. 438.

⁴ MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil 1.o. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona. pp. 443.

117. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que, respecto a la pretensión de Enriquecimiento Sin Causa por Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, en el Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 no hubo ni una resolución del fondo de la controversia ni cosa juzgada, toda vez que se trató de un pronunciamiento de forma por la que dicho Tribunal dejó a salvo el derecho del Consorcio.
118. Por tanto, este Tribunal concluye que el laudo de fecha 30 de octubre de 2009 no contiene un pronunciamiento sobre el fondo con relación al reclamo del Consorcio Neshuya en la Primera Pretensión Principal planteada en este arbitraje, ni sus pretensiones subordinadas. Por ello, no se ha configurado la cosa juzgada, siendo que este Tribunal es competente para conocer estas pretensiones, pudiendo pronunciarse sobre el fondo de la controversia de la pretensión de mantenimiento de tránsito y seguridad vial.

Naturaleza de la Partida 103 - Mantenimiento de Tránsito y la Seguridad Vial:

119. Otro aspecto que es discutido en la presente controversia se refiere a la caracterización de los mayores trabajos de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial ejecutados por el Consorcio Neshuya. De un lado, PROVIAS NACIONAL alega que el mayor alcance ejecutado por el Consorcio Neshuya con relación a la Partida 103 - Mantenimiento de Tránsito y la Seguridad Vial tiene la naturaleza de obra adicional, alegando que era necesaria la aprobación de un presupuesto adicional como requisito previo para su ejecución y pago. De otro lado, el Consorcio Neshuya alega que no estamos ante una obra adicional; sino más bien frente a un alcance previsto en el Expediente Técnico, pero que por situaciones ajenas al Consorcio resultó significativamente mayor a lo inicialmente previsto. De ahí, que este Colegiado deba analizar la naturaleza de estas mayores actividades ejecutadas, para determinar si las mismas configuran o no una obra adicional, a efectos de determinar las disposiciones contractuales y legales aplicables al caso.

120. Según el numeral 14.1. de las Condiciones Especiales del Contrato, *“La obras adicionales son aquellas que no han sido consideradas en el Expediente Técnico, ni*

en el Contrato, cuya realización resultan indispensables y necesarias para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.”

121. Al respecto, es opinión del Tribunal que los mayores alcances ejecutados por el Consorcio no son otra cosa que trabajos y prestaciones que ya estaban contempladas en las partidas del Expediente Técnico y reconocidas en el Contrato, y que únicamente variaron en cuanto a su onerosidad, debido a las distintas condiciones de su ejecución a aquellas inicialmente previstas. Es decir, no estamos ante obras adicionales según la definición que ellas tienen en las Condiciones Especiales del Contrato, pues los mismos fueron contemplados en el contrato original.
122. Por lo expuesto este Tribunal concluye que los trabajos y prestaciones que sustentan el reclamo de esta pretensión no configuran Adicionales de Obra. Siendo así, no les resulta aplicable el mecanismo previsto en el Contrato para la autorización y pago de presupuestos adicionales.
123. Sobre este punto, debe advertirse que se trata de actividades de ejecución permanente, las cuales no pueden ser suspendidas ni paralizadas por el Contratista a la espera de una aprobación previa para su ejecución, lo que sí aplica al caso de los presupuestos adicionales de Obra. En efecto, según el Contrato de Obra, la suspensión de actividades de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial constituye un incumplimiento contractual por parte del Contratista, situación que de suyo convierte en inaplicable el mecanismo de autorización de presupuestos adicionales para la ejecución y pago de mayores alcances de la partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial. Al respecto, el literal c del numeral 103.02 de las Especificaciones Técnicas de la Partida Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial que dispone:

“c) Período de Responsabilidad

La responsabilidad del Contratista para el mantenimiento de tránsito y seguridad vial se inicia el día de la entrega del terreno al Contratista. El periodo

de responsabilidad abarcará hasta el día de la entrega final de la obra al MTC y en este período se incluyen todas las suspensiones temporales que puedan haberse producido en la obra, independientemente de la causal que la origine.”

124. Más aún, el supuesto de hecho que da lugar a la autorización previa de trabajos adicionales, supone la posibilidad que los mismos sean incluso denegados por la Contraloría General de la República, situación que en este caso es imposible por resultar contrario a la naturaleza misma de esta partida.
125. Por tanto, estamos ante actividades de obligatorio cumplimiento y cuya ejecución, por mandato contractual, no se encuentra sujeta a ninguna aprobación previa, siendo que su pago tampoco debería estar sujeto a mecanismos de aprobación previa. Ello constituye una característica más que nos permite concluir que este mayor alcance ejecutado por el Consorcio no constituye una obra adicional.
126. Finalmente, consideramos pertinente señalar que los mayores alcances en que incurrió el Consorcio Neshuya, y por tanto, los mayores costos incurridos y no previstos inicialmente por el Consorcio Neshuya, fueron puestos por el Consorcio Neshuya en conocimiento de la Supervisión por Carta N° 248/05-CNE-OBRA de fecha 25 de octubre de 2005, que ha sido ofrecida como medio probatorio por el Consorcio Neshuya (Anexo 2.52.). Por tanto, este Tribunal no comparte la posición de PROVIAS NACIONAL en cuanto que se trataría de un reclamo extemporáneo del Consorcio, planteado recién al momento de la liquidación de obra, por Carta N° 014-/07-RDLF.PCB de fecha 3 de abril de 2007.

Obligaciones relacionadas a la Partida 103:

127. Las obligaciones y trabajos a cargo del contratista con relación al Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial se encuentran recogidas en la Cláusula 27 de las Condiciones Especiales del Contrato y el numeral 103.01 de las especificaciones Técnicas de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, del Expediente Técnico de Obra, que incluyen a modo enunciativo la conservación del

camino en todo el tramo, las labores de mantenimiento rutinario, la implementación de dispositivos de control de tránsito y seguridad, y el control de emisión de polvo en los sectores sin pavimentar.

128. Queda claro entonces que la partida de mantenimiento de tránsito incluye, como lo afirmó el Consorcio en su demanda y no ha sido negado en todo el proceso, los servicios de bacheo (cubrir los agujeros existentes en la carretera) y el esparcimiento de agua sobre la parte no pavimentada con la finalidad de controlar la emisión de polvos. Asimismo, que el mantenimiento de los tramos pavimentados o asfaltados representan un gasto menor frente a los tramos tan sólo afirmados.
129. El Consorcio Neshuya sostiene que PROVIAS NACIONAL incumplió las siguientes obligaciones contractuales:
- Ejecutar el Contrato de Buena Fe y el deber de información.
 - Entregar un Expediente Técnico adecuado.
 - Entregar el terreno en las condiciones ofrecidas y descritas en el Expediente Técnico.
 - Ejercer la dirección y el control de la obra.
130. Este Tribunal entiende que cada uno de los incumplimientos contractuales alegados por el Consorcio Neshuya generaría la responsabilidad que el Consorcio alega, con las consecuencias jurídicas pertinentes. Por ello bastará que se concluya que se ha incurrido en uno de estos incumplimientos, para que exista base legal para el reclamo.
131. De esa manera si por ejemplo se estimara que PROVIAS NACIONAL efectivamente incumplió su obligación de ejecutar el Contrato de buena fe y que incumplió con informar sobre las condiciones del terreno distintas al Expediente Técnico, ello sería suficiente y no sería preciso pronunciarse sobre los otros incumplimientos.

132. El Tribunal procederá pues a pronunciarse sobre los supuestos incumplimientos en el orden en que se habrían presentado.

Ejecutar el Contrato de Buena Fe y el deber de información, y Entregar un Expediente Técnico adecuado:

133. Este Tribunal considera que existe una estrecha relación entre la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, el deber de información y la obligación de PROVIAS NACIONAL de entregar un Expediente Técnico adecuado. Por ese motivo, es que se analizarán de manera conjunta.

134. STIGLITZ precisa que el deber de información *“constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información”*⁵.

135. Efectivamente en toda relación contractual existe una asimetría informativa, que puede presentarse en forma mínima, por ejemplo en una compraventa entre pares, o en forma intensa, como por ejemplo en las contrataciones en masa.

136. En los hechos de la controversia se puede apreciar que el Consorcio Neshuya tenía a su alcance, al momento de presentar su Propuesta Económica, la descripción del Tramo contenida en el Expediente Técnico proporcionado por PROVIAS e incluso, estaba a su alcance inspeccionar las condiciones del terreno. Y fue en base a esas premisas que tanto el Consorcio Neshuya, como los demás postores participantes en la Licitación Pública Internacional N° 0008-2003-MTC/20, cuantificaron los alcances a ser contratados y presentaron sus propuestas, todos en igualdad de condiciones.

137. No obstante ello, ninguno de los Postores estaba en posibilidad de conocer, ni prever, que con posterioridad a la presentación de sus propuestas económicas, y

⁵ STIGLITZ, RUBÉN S., Contratos civiles y comerciales. Parte general, t. I. Abeledo Perrot, S.A., e I., Buenos Aires, 1998, Pág. 165.

antes de la ejecución de la Obra, el Gobierno Regional de Ucayali retiraría la capa de asfalto en una parte significativa del Tramo, y que la ejecución de los trabajos de aplicación de asfalto del tramo y las actividades de mantenimiento demorarían significativamente más de lo previsto, debido a la tramitación de presupuestos adicionales y aprobaciones de ampliaciones de plazo ocurridos durante la ejecución de la obra.

138. Asimismo, era obligación de PROVIAS NACIONAL entregar un Expediente Técnico adecuado, que reflejase los reales alcances de los trabajos y actividades a ejecutarse durante la Obra, por cuanto esos fueron los alcances considerados en el precio ofertado por el Consorcio Neshuya. Sin embargo, cuando en la etapa de ejecución contractual el contratista encuentra condiciones materiales significativamente distintas a las previstas, originadas en la falta de idoneidad del Expediente Técnico de Obra, estamos claramente ante un incumplimiento contractual, que engloba el deber de información de la Entidad Contratante de la Obra, como su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado.

139. Más aún, en opinión de este Tribunal, si PROVIAS NACIONAL hubiese entregado al Consorcio Neshuya un Expediente Técnico completo y suficiente, no se habría requerido la posterior tramitación de presupuestos adicionales de obra, para modificar el alcance inicialmente previsto. Como se desprende de lo actuado en el proceso, justamente la tramitación de estos presupuestos adicionales fue lo que generó la demora en la aplicación del asfalto en la vía y el mayor plazo de ejecución de obra, incluyendo el mayor plazo en la ejecución de actividades de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial. Lo que sumado al retiro de una parte significativa del asfalto del Tramo, originó un alcance significativamente mayor durante la ejecución de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial.

140. En efecto, según lo actuado en el proceso, se tiene que para posibilitar la ejecución de esta obra y su culminación, fueron tramitados seis presupuestos adicionales de obra:

- Presupuesto Adicional N° 1, referido a Obras de Arte y Drenaje, aprobado por Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por el monto de US\$ 393,467.45.-
- Presupuesto Adicional N° 2, referido a Mayores Metrados en Desbroce y Limpieza en Bosque, aprobado por la misma Resolución Directoral N° 1352-2005-MTC/20 de fecha 11 de octubre de 2005, por el monto de US\$ 272,142.29.-
- Presupuesto Adicional N° 3, referido a Pavimentos y Reemplazo de Material, aprobado por Resolución Directoral N° 1835-2005-MTC/20 de fecha 08 de noviembre de 2005, por el monto de US\$ 1'972,564.44., que fue aprobado junto con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 1, por el monto de US\$ 775,255.74.-
- Presupuesto Adicional N° 4, referido a Obras de Arte y Drenaje II, aprobado por Resolución Directoral N° 161-2006-MTC/20 de fecha 30 de enero de 2006, por el monto de US\$ 227,718.26.-
- Presupuesto Adicional Reestructurado N° 5, referido a Canteras y Pavimentos, aprobado por Resolución Directoral N° 611-2006-MTC/20 de fecha 16 de marzo de 2006, por el monto de US\$ 672,430.90.- que fue aprobado junto con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 2, por el monto de US\$ 211,808.52.-
- Presupuesto Adicional N° 6, referido a Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Pavimentos. Obras de Arte y Drenaje y Partidas Nuevas, aprobado inicialmente por Resolución Directoral N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, por el monto de US\$ 11'600,851.35.-, junto con el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 3, por el monto de US\$ 4'915,824.32.- Este presupuesto adicional fue sometido a la aprobación de la Contraloría General de la República, quien inicialmente, y por Resolución de Vicecontralora No. 011-2006-CG de fecha 21 de junio de 2006, autorizó la cantidad de US\$ 3'000,000.00. Posteriormente, en respuesta a un recurso de reconsideración, la Contraloría General de la República emitió la Resolución de Vicecontralora No. 014-2006-CG de fecha 25 de agosto de 2006 autorizando el Presupuesto Adicional No. 06 hasta por la suma de US\$ 6'772,938.69.- Finalmente, en respuesta a un recurso de apelación, la Contraloría General de la República autorizó la ejecución de este adicional hasta por la suma de US\$ 9'726,398.46.-

141. El hecho que dio origen a la tramitación de estos presupuestos adicionales responde a que el Expediente Técnico resultó insuficiente para una adecuada y completa ejecución de la Obra, con lo cual, se confirma que PROVIAS NACIONAL incumplió su obligación de proporcionar un Expediente Técnico apropiado.
142. Al respecto, el artículo 126 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM dispone que *“En los proyectos, estudios, informes o similares aprobados por la Entidad, ésta es responsable de las modificaciones que ordene o apruebe o de aquéllas que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.”*
143. Por lo tanto, la idoneidad del Expediente Técnico es de responsabilidad de PROVIAS NACIONAL, y en este sentido, PROVIAS NACIONAL debe responder por los daños que ocasionen las demoras en la ejecución de la obra originadas en deficiencias del Expediente Técnico, y la necesidad de tramitar presupuestos adicionales. Ello se hace extensivo a los daños sufridos por el Consorcio Neshuya con relación a los mayores costos incurridos en la ejecución de la Partida de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, originados en el mayor plazo de ejecución de obra y la postergación de la oportunidad prevista en el Expediente Técnico para ejecutar las partidas vinculadas a la aplicación de asfalto.
144. En este mismo sentido, cuando PROVIAS NACIONAL entregó un tramo con características significativamente distintas a las descritas en el Expediente Técnico, es decir, con 39.34 kilómetros de vía afirmada en lugar de los 16.1 kilómetros que describía el Expediente Técnico, se verifica nuevamente que PROVIAS NACIONAL tenía la obligación de entregar un Expediente Técnico completo e idóneo para la ejecución de la Obra, lo que originó que el Consorcio Neshuya incurriera en mayores costos en la ejecución de la Partida 103 - Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial.

145. Nótese que, en un contrato de obra pública, el contratista se obliga a ejecutar no solo todo lo que conste expresamente en el contrato, sino también todo que pueda ser imprescindible, en virtud del principio de buena fe, para alcanzar la finalidad última pretendida. En este caso, con relación a la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, durante el proceso arbitral ha quedado acreditado, y no ha sido negado por PROVIAS NACIONAL, que el Consorcio Neshuya tuvo que ejecutar un mayor alcance al inicialmente previsto en el Expediente Técnico de Obra, como consecuencia del cambio de condiciones durante la ejecución de la obra originadas en motivos ajenos al contratista, que son el retiro de una cantidad significativa de la carpeta asfáltica por el Gobierno Regional de Ucayali, la demora en la aprobación de presupuestos adicionales y las ampliaciones de plazo que generaron una extensión del periodo de ejecución de obra. Todo ello dio como resultado que las actividades vinculadas a la ejecución de la Partida 103 – Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial, resultasen más onerosas para el Consorcio Neshuya.

146. De otro lado, este Tribunal ha concluido que la causa de esta mayor onerosidad incurrida por el Consorcio Neshuya se origina en un incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL, consistente en no haber honrado su deber de información consistente con una ejecución de buena fe, ni haber entregado un Expediente Técnico adecuado. Este incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL origina la obligación legal de resarcir los daños que ello le causó al Consorcio Neshuya.

147. La verificación de este incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de PROVIAS NACIONAL supone que, como el Tribunal ya ha referido, carezca de necesidad pronunciarse sobre el resto de supuestos incumplimientos que el Consorcio atribuye a PROVIAS NACIONAL.

Cálculo del monto reclamado:

148. El Consorcio Neshuya reclamó en la Primera Pretensión Principal de su demanda la suma de US\$ 2,217,148.61 más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL.
149. En la verificación de la metodología de cálculo de este monto por el perito el Ing. Carlos López Avilés presentada por el Consorcio Neshuya, el perito validó la metodología de cálculo y el costo directo reclamado, indicando que técnicamente ha sido sustentado correctamente.
150. Con relación al factor de reajuste $K=1.1106$ del laudo arbitral del 11 de diciembre de 2007, el perito concluye que, siguiendo la misma metodología acogida por el Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2007, el factor de reajuste que corresponde utilizar para esta pretensión es $K=1.1185$ en lugar de $K=1.1106$, por lo que el monto actualizado para la primera pretensión ascendería a US\$ 2'232,920.24. Sin embargo, este Tribunal no puede exceder el monto que ha reclamado el Consorcio Neshuya puesto que ello constituiría una resolución ultra petita, que no es admitida por rebasar el contenido de la pretensión.
151. Por ello, el monto máximo que puede ordenar este Tribunal Arbitral a efectos que PROVIAS NACIONAL reembolse al Consorcio Neshuya por los daños analizados en esta Primera Pretensión Principal asciende a la suma de US\$ 2,217,148.61, que equivale al monto reclamado.
152. Siendo así, el Tribunal hace suyo el cálculo efectuado por el Perito Ing. Carlos López Avilés, esto es, que a consecuencia del mantenimiento de tránsito y seguridad vial a cargo del Consorcio, éste debió asumir un total de 629.21 Km afirmados en lugar de 88.76 Km afirmados, a lo que luego de agregar los gastos generales, las utilidades, el factor de reajuste y el IGV suma el monto reclamado, y hasta por el monto reclamado por el Consorcio Neshuya.

153. El Tribunal aprecia además que no hubo discusión sobre el cálculo efectuado, tampoco respecto al hecho de que el Consorcio Neshuya asumió mayores gastos.
154. En conclusión corresponde declarar fundada la Primera Pretensión Principal y en consecuencia ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma reclamada.
155. Con relación a los intereses reclamados por el Consorcio, el Tribunal estima que los mismos proceden, siendo atendible el reclamo de intereses legales devengados desde la fecha 26 de abril de 2010, fecha de presentación de la petición arbitral por el Consorcio Neshuya, hasta el pago efectivo.

Segundo Punto Controvertido:

156. El Segundo Punto Controvertido consiste en *"1.2.2. En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2,217,148.64, más intereses, por concepto de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales."*

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

157. En su demanda el Consorcio Neshuya sostiene que PROVIAS NACIONAL incurrió en abuso de derecho:
 - De su derecho a exigir al Consorcio Neshuya la actividad de Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial del Tramo.
 - De su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.
 - De su derecho contractual a recibir la prestación del Consorcio Neshuya.

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

158. En su contestación de demanda, PROVIAS NACIONAL sostiene que esta pretensión constituye un reclamo extemporáneo que debió tramitarse como Presupuesto Adicional durante la etapa de ejecución de obra, por lo que le corresponde al contratista incluirlo en su liquidación y pretender su reconocimiento a través de esta.
159. PROVIAS invoca el numeral 23.1 de las Condiciones Especiales del Contrato y la Cláusula 14 de las CGC y concluye que el reclamo debió tramitarse en su oportunidad como un Adicional de Obra conjuntamente con los demás Adicionales de Obra.
160. PROVIAS NACIONAL agregó posteriormente en el arbitraje que el Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 ya se había pronunciado sobre esta controversia por lo que existía cosa juzgada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

161. Debido a que se ha declarado fundada la Primera Pretensión Principal, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Tercer Punto Controvertido:

162. El Tercer Punto Controvertido consiste en *“En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 2'217,148.64, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.”*

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

163. En su demanda el Consorcio Neshuya sostiene que PROVIAS NACIONAL se enriqueció indebidamente a sus expensas.
164. El Consorcio sostiene que se han verificado los requisitos del Enriquecimiento Sin Causa que son:
- El enriquecimiento de un patrimonio, en este caso el de PROVIAS NACIONAL.
 - El empobrecimiento correlativo de otro en este caso el del Consorcio Neshuya.
 - La ausencia de una causa que origine tal desequilibrio.

POSICIÓN DE PROVÍAS NACIONAL:

165. En su contestación de demanda, PROVIAS NACIONAL sostiene que esta pretensión constituye un reclamo extemporáneo que debió tramitarse como Presupuesto Adicional durante la etapa de ejecución de obra, por lo que mal puede pretender el contratista incluirlo en su liquidación y pretender su reconocimiento a través de esta.
166. PROVIAS NACIONAL invoca el numeral 23.1 de las Condiciones Especiales del Contrato y la Cláusula 14 de las CGC y concluye que el reclamo debió tramitarse en su oportunidad como un Adicional de Obra conjuntamente con los demás Adicionales de Obra.
167. PROVIAS NACIONAL agregó posteriormente en el arbitraje que, el Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 ya se había pronunciado sobre esta controversia por lo que existía cosa juzgada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

168. Debido a que se ha declarado fundada la Primera Pretensión Principal, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Cuarto Punto Controvertido:

169. El Cuarto Punto Controvertido consiste en *“Determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1’457,520.59, más intereses, por concepto de indemnización por el daño que se le habría ocasionado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo cual habría motivado que el CONSORCIO NESHUYA haya tenido que ejecutar mayores metrados, superiores a los previstos en el Expediente Técnico, los que habrían sido necesario ejecutar, para completar la obra, y que no le habría sido reconocido ni pagado.”*

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

170. El Consorcio Neshuya en su demanda sostiene que se le ha generado un daño por los incumplimientos contractuales por parte de PROVIAS NACIONAL con relación a la ejecución de mayores metrados necesarios para completar la obra, los cuales no fueron reconocidos ni pagados.

171. El Consorcio Neshuya sostiene que los mayores metrados ejecutados se originaron en:

- Mayores metrados tramitados a través del procedimiento de aprobación del Presupuesto Adicional N° 6 pero desestimados por la Contraloría General de la República debido a que PROVIAS NACIONAL no proporcionó el sustento suficiente que justificara la necesidad y procedencia de la aprobación de la ejecución de dichos mayores metrados.

El Consorcio sostiene que de un análisis de las razones por las cuales la Contraloría General de la República decidió rechazar los metrados inicialmente aprobados por la propia PROVIAS NACIONAL, es de advertirse que las mismas se sustentaron fundamentalmente en que PROVIAS NACIONAL en su calidad de encargada de tramitar la aprobación de los presupuestos adicionales de obra generados en el marco de la ejecución del Contrato, no remitió a la Contraloría General de la República documentación e información suficientes.

- Mayores metrados cuya ejecución fue verificada al momento de la verificación del cálculo de metrados finales y que no fueron tramitados por PROVIAS NACIONAL vía el procedimiento de aprobación de adicionales de obra, también denominados metrados de cierre.

El Consorcio Neshuya sostiene que se trató de metrados indispensables para la ejecución de la obra y que en todo caso era PROVIAS NACIONAL la obligada a tramitar los presupuestos adicionales.

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

172. PROVIAS NACIONAL contestó la demanda sosteniendo que el procedimiento administrativo de adicionales de obra es diferente al procedimiento administrativo de Liquidación de Obra, consecuentemente, los metrados adicionales detectados en la liquidación no pueden ser tratados como presupuestos adicionales.

173. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados de cierre, no resulta procedente aprobar metrados adicionales en la liquidación de obra. Además, sostiene que la situación de estos mayores metrados debió preverse en el proceso de la ejecución de la Obra, donde debió dejarse constancia de los trabajos adicionales que debían de generar para su aprobación y ejecución. De ello se desprende además que estas obras no cuentan con la aprobación y autorización de PROVIAS NACIONAL ni de la Contraloría General de la República por lo que no es



procedente ser tomado en cuenta en la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra.

174. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados no aprobados en el Adicional N° 06, es atribución de la Contraloría General de la República la autorización previa a la ejecución y pago de las Obras Adicionales, en el marco de la normativa que rige el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20, por lo que no resulta materia arbitrable.

175. PROVIAS NACIONAL sostiene que los trabajos de mayores metrados se tratarían de Adicionales de Obra por tratarse de labores necesarias para la ejecución del Contrato que no estaban contempladas en el Expediente Técnico, y pudieron dar lugar a un trámite de Adicional de Obra. En consecuencia, tenían las características propias de las obras adicionales y debió seguirse el procedimiento para su aprobación.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

176. El Tribunal reconoce que no existe una discusión sobre los principales hechos respecto a esta controversia y que PROVIAS NACIONAL incluso ha reconocido que el Consorcio Neshuya sí incurrió en mayores gastos, alegando que igual no corresponde su pago por los argumentos que sostiene.

177. Se reconoce como cierto que el Consorcio Neshuya ejecutó mayores metrados que fueron denegados por la Contraloría General de la República y también que ejecutó mayores metrados verificados con el cálculo de metrados finales como lo reconoció la Supervisión en el Informe Especial N° 280554-INFE-07-037 del 23 de abril de 2007.

178. Se reconoce como cierto que el Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2007 dispuso el factor $K=1.1106$ que resultaría de aplicación de estimarse fundada la pretensión.




Alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 y la cosa juzgada:

179. Al igual que en el caso de la Primera Pretensión Principal, un aspecto que es discutido en la presente controversia se refiere a los alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 que declaró, entre otros, la improcedencia del Enriquecimiento Sin Causa alegado en ese arbitraje por el Consorcio Neshuya relacionado a los mayores metrados ejecutados necesarios para culminar la obra.
180. Se reconoce que en ese caso el Tribunal Arbitral laudó declarando improcedente la pretensión incoada, determinando la existencia de cuando menos una acción alternativa como la alegada existencia de un incumplimiento de las obligaciones contractuales de PROVIAS NACIONAL.
181. El Tribunal reitera que, mas allá de lo expuesto por las partes en cuanto al carácter de la Cosa Juzgada, y pese a que no media una defensa de índole formal sobre el particular, sino únicamente las excepciones de incompetencia ya reseñadas, este Tribunal estima conveniente pronunciarse sobre los alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009.
182. En esta controversia, el Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 declaró la improcedencia de la acción de Enriquecimiento Sin Causa debido fundamentalmente a la existencia de acciones alternativas como la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual y como se ha explicado ya, se trata de un pronunciamiento de forma y no de fondo, esto es, no existe una decisión de órgano jurisdiccional que declare si el demandante tiene o no el derecho material reclamado.
183. Al igual que en la Primera Pretensión Principal, a cuyos considerandos se remite este Tribunal, consideramos que el Laudo de fecha 30 de octubre de 2009 no contiene un pronunciamiento sobre el fondo con relación al reclamo del Consorcio Neshuya en la Segunda Pretensión Principal planteada en este arbitraje, ni sus pretensiones subordinadas. Por ello, no se ha configurado la cosa juzgada, siendo

que este Tribunal es competente para conocer estas pretensiones, pudiendo pronunciarse sobre el fondo de la controversia de la pretensión de mayores metros.

Obligaciones contractuales de PROVIAS NACIONAL:

184. En la demanda el Consorcio sostiene que PROVIAS NACIONAL incumplió estas obligaciones contractuales:

- Incumplió con su obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado.
- Incumplió la obligación de ejecutar el Contrato de Buena fe.
- Incumplió con su obligación de ejercer la dirección y el control de la Obra.

185. Este Tribunal entiende que en este caso cada uno de los incumplimientos contractuales generaría la responsabilidad que el Consorcio alega por lo que bastará que se considere que se ha incurrido en uno de ellos para que exista base para el reclamo.

186. El Tribunal procederá entonces a pronunciarse sobre los supuestos incumplimientos en el orden en que se habrían presentado.

Obligación de entregar un Expediente Técnico adecuado:

187. Al respecto, este colegiado se remite a los considerandos de la Primera Pretensión Principal referidos a la obligación contractual de PROVIAS NACIONAL de entregar un Expediente Técnico adecuado y a cómo la misma fue incumplida, generándose un perjuicio al Consorcio Neshuya.

188. Cabe agregar que el Consorcio Neshuya sostiene que la obligación de entregar un Expediente Técnico completo e idóneo no se agota al momento de la celebración del Contrato pues todo presupuesto adicional se sustenta en un Expediente Técnico

de dicho presupuesto. Por lo tanto, esta obligación abarca tanto el Expediente Técnico original como a estos otros expedientes.

189. Este Tribunal encuentra que lo afirmado arriba tiene respaldo en el artículo 126 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo No. 013-2001-PCM dispone que *“En los proyectos, estudios, informes o similares aprobados por la Entidad, ésta es responsable de las modificaciones que ordene o apruebe o de aquéllas que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.”*
190. En esta misma línea, la existencia de un Expediente Técnico deficiente, generó la necesidad de aprobación de presupuestos de obra adicionales que permitieran la ejecución de la obra según las reales condiciones materiales del Tramo. A su vez, la tramitación de presupuestos adicionales de obra no resultó suficiente para permitir la total conclusión de la obra, debido esta vez a deficiencias de los expedientes técnicos de los presupuestos adicionales de obra, y específicamente, con relación a este pretensión, a deficiencias del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 6, el cual no contempló una cantidad suficiente de metrados para culminar la obra.
191. Al respecto, el Tribunal reconoce que PROVIAS NACIONAL tiene la obligación de actuar en forma diligente al sustentar los adicionales, como lo fue el Adicional N° 6, incluyendo la presentación del sustento técnico suficiente para lograr que la Contraloría General de la República apruebe, como parte de un adicional de obra, una cantidad de metrados que resulte suficiente para culminar la ejecución de la obra.
192. Consta de autos que, en este proceso arbitral, PROVIAS NACIONAL no ha negado el hecho que, el rechazo de la Contraloría General de la República de los mayores metrados del Adicional N° 6 se debió a una inadecuada sustentación y a la falta de documentación e información. Esta sola circunstancia verifica la existencia de un incumplimiento a la obligación de PROVIAS NACIONAL de proporcionar al

Contratista Expedientes Técnicos idóneos para una adecuada y completa ejecución de la obra.

193. Es en este contexto que, los metrados verificados en el conteo de metrados finales, en exceso de aquellos metrados autorizados por la Contraloría General de la República, obedecieron a deficiencias durante la tramitación del Presupuesto Adicional Nº 6 que llevaron a la no autorización de un alcance suficiente para culminar la obra. Verificándose así, en la etapa de Liquidación y conteo de los metrados finales, la ejecución de mayores metrados. Cabe destacar que se trata de mayores metrados ejecutados bajo la Supervisión del Supervisor de Obra, y que finalmente fueron aceptados con la recepción de la Obra por PROVIAS NACIONAL.

194. El Tribunal aprecia además que Consorcio Neshuya no podría haber omitido o dejar de ejecutar los mayores metrados pues los mismos resultaban indispensables para cumplir con la garantía de calidad de la obra.

195. Es opinión del Tribunal que el Consorcio Neshuya no debe soportar los daños sufridos como consecuencia de deficiencias durante la tramitación de los Presupuestos Adicionales, y menos aun cuando estos se han originado en el incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL consistente en no haber proporcionado un expediente Técnico adecuado para la completa ejecución de la Obra. Este incumplimiento contractual se concretó tanto al momento de la entrega del Expediente Técnico original, como con la tramitación de los expedientes técnicos de los presupuestos adicionales, todos los cuales, en su conjunto, no contemplaron una cantidad suficiente de metrados que permitiera la culminación de la obra.

196. Si bien el Consorcio Neshuya culminó la Obra y ésta fue recibida conforme por PROVIAS NACIONAL, ello requirió la ejecución de una cantidad de metrados superior a los previstos en los expedientes técnicos, cuyo costo tuvo que ser asumido por el Consorcio Neshuya, ante la negativa de pago de PROVIAS

NACIONAL, generándosele un perjuicio económico originado en un incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL, como se ha explicado arriba.

197. La verificación de este incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de PROVIAS NACIONAL supone que, como el Tribunal ya ha referido, no sea necesario pronunciarse sobre el resto de supuestos incumplimientos que el Consorcio atribuye a PROVIAS NACIONAL.

Cálculo del monto reclamado:

198. El Consorcio Neshuya reclamó en la Segunda Pretensión Principal de su demanda la suma de US\$ 1,457,520.59 más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de PROVIAS NACIONAL.
199. En la verificación de la metodología de cálculo de este monto por el perito el Ing. Carlos López Avilés presentada por el Consorcio Neshuya, el perito validó la metodología de cálculo y verificó que el monto por Mayores metrados realmente ejecutados por el Consorcio y presentados en su Demanda Arbitral asciende a US\$ 1'305,140.87 incluyendo, gastos generales variables, utilidad e IGV.
200. Con relación al factor de reajuste $K=1.1106$ del Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2007, el perito concluye que, es de aplicabilidad el factor de reajuste 1.1106 en razón a que dichos mayores metrados forman parte de la estructura del Contrato Principal así como para los Presupuestos Adicionales correspondientes. En tal sentido, el Perito concluye que el monto ajustado a noviembre de 2004 asciende a US\$ 1'449,489.45.
201. Siendo así, el Tribunal hace suyo el cálculo efectuado por el Perito Ing. Carlos López Avilés, apreciándose además que esta cifra nunca fue cuestionada por PROVIAS NACIONAL en su contestación ni obra en autos un cuestionamiento al cálculo efectuado por el Ing. Carlos López Avilés, sin perjuicio de los argumentos de defensa que ya han sido referidos. Además, en la Audiencia de Informes Orales

PROVIAS NACIONAL reconoció que el Consorcio sí asumió mayores gastos no obstante oponerse a su pago por los argumentos de defensa ya expuestos.

202. Por ello, el monto que ordena este Tribunal Arbitral a efectos que PROVIAS reembolse al Consorcio Neshuya por los daños analizados en esta pretensión asciende a la suma de US\$ 1'449,489.45.

203. En conclusión, corresponde declarar fundada parcialmente la Segunda Pretensión Principal y en consecuencia ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma reclamada.

204. Con relación a los intereses reclamados por el Consorcio, el Tribunal estima que los mismos proceden, siendo atendible el reclamo de intereses legales devengados desde la fecha 26 de abril de 2010, fecha de presentación de la petición arbitral por el Consorcio Neshuya, hasta el pago efectivo.

Quinto Punto Controvertido:

205. El Quinto Punto Controvertido consiste en *“En caso de desestimarse el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1'457,520.59, más intereses, por concepto de indemnización por abuso de derecho, que se habría derivado del ejercicio irregular de sus derechos contractuales.”*

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

206. En su demanda el Consorcio Neshuya sostiene que PROVIAS NACIONAL incurrió en abuso de derecho:

- De su derecho a recibir del Consorcio una obra completa y terminada.
- De su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la Obra.
- Derecho a rechazar la obra
- De su derecho contractual a recibir la prestación del Consorcio Neshuya.

207. El Consorcio Neshuya sostiene que si se considerase que no se ha configurado un incumplimiento contractual por entenderse que PROVIAS NACIONAL habría actuado en cumplimiento de las estipulaciones contractuales, se declare la configuración de un abuso de derecho y ordene la indemnización correspondiente.

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

208. En su contestación de demanda PROVIAS NACIONAL sostiene que el procedimiento administrativo de adicionales de obra es diferente al procedimiento administrativo de Liquidación de Obra, consecuentemente, los metrados adicionales detectados en la liquidación no pueden ser tratados como presupuestos adicionales.

209. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados de cierre, no resulta procedente aprobar metrados adicionales en la liquidación de obra. Además, sostiene que la situación de estos mayores metrados debió preverse en el proceso de la ejecución de la Obra, donde debió dejarse constancia de los trabajos adicionales que debían de generar para su aprobación y ejecución. De ello se desprende además que estas obras no cuentan con la aprobación y autorización de PROVIAS NACIONAL ni de la Contraloría General de la República por lo que no es procedente ser tomado en cuenta la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra.

210. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados no aprobados en el Adicional N° 06, es atribución de la Contraloría General de la República la autorización previa a la ejecución y pago de las Obras Adicionales, en el marco de la normativa que rige el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20, por lo que no resultan materia arbitrable.

211. PROVIAS NACIONAL también sostiene que los de mayores metrados constituyen Adicionales de Obra por tratarse de labores necesarias para la ejecución del Contrato que no estaban contempladas en el Expediente Técnico, y pudieron dar

852

lugar a un trámite de Adicional de Obra. En consecuencia, tenían las características propias de las obras adicionales y debió seguirse el procedimiento para su aprobación.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

212. Debido a que se ha declarado fundada la Segunda Pretensión Principal, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Sexto Punto Controvertido:

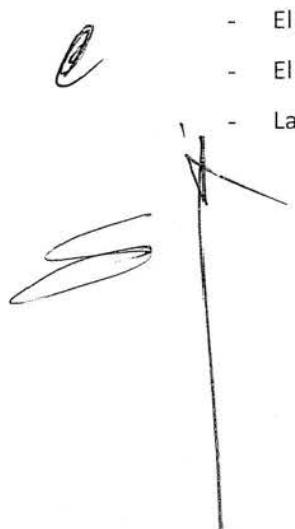
213. El Sexto Punto Controvertido consiste en *“En caso de desestimarse los puntos anteriores, determinar si corresponde o no ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del CONSORCIO NESHUYA, de la suma de US\$ 1’457,520.59, más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.”*

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

214. En su demanda el Consorcio Neshuya sostiene que PROVIAS NACIONAL se enriqueció indebidamente a sus expensas.

215. El Consorcio sostiene que se han verificado los requisitos del Enriquecimiento Sin Causa que son:

- El enriquecimiento de un patrimonio, en este caso el de PROVIAS NACIONAL.
- El empobrecimiento correlativo de otro en este caso el del Consorcio Neshuya.
- La ausencia de una causa que origine tal desequilibrio.



POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

216. En su contestación de demanda PROVIAS NACIONAL sostiene que el procedimiento administrativo de adicionales de obra es diferente al procedimiento administrativo de Liquidación de Obra, consecuentemente, los metrados adicionales detectados en la liquidación no pueden ser tratados como presupuestos adicionales.
217. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados de cierre, no resulta procedente aprobar metrados adicionales en la liquidación de obra. Además, sostiene que la situación de estos mayores metrados debió preverse en el proceso de la ejecución de la Obra, donde debió dejarse constancia de los trabajos adicionales que debían de generar para su aprobación y ejecución. De ello se desprende además que estas obras no cuentan con la aprobación y autorización de PROVIAS NACIONAL ni de la Contraloría General de la República por lo que no es procedente ser tomado en cuenta la Liquidación Económica Final del Contrato de Obra.
218. PROVIAS NACIONAL sostiene que, respecto a los metrados no aprobados en el Adicional N° 6, es atribución de la Contraloría General de la República la autorización previa a la ejecución y pago de las Obras Adicionales, en el marco de la normativa que rige el Contrato de Obra N° 177-2004-MTC/20, por lo que no resultan materia arbitrable.
219. PROVIAS NACIONAL sostiene que los trabajos de mayores metrados se tratarían de Adicionales de Obra por tratarse de labores necesarias para la ejecución del Contrato que no estaban contempladas en el Expediente Técnico, y pudieron dar lugar a un trámite de Adicional de Obra. En consecuencia, tenían las características propias de las obras adicionales y debió seguirse el procedimiento para su aprobación.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

220. Debido a que se ha declarado fundada la Segunda Pretensión Principal, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Respecto de las dos decisiones judiciales referidas al expediente 57-2011 (Corte Superior de Justicia) y CAS. 5114-09 (Corte Suprema de Justicia):

POSICIÓN DE PROVIAS NACIONAL:

221. PROVIAS NACIONAL, a efectos de que el Tribunal Arbitral tenga mayores elementos para un mejor resolver, presentó en la Audiencia de Informes Orales, llevada a cabo el 19 de octubre de 2011, dos decisiones judiciales referidas al expediente 57-2011 y CAS. 5114-09.

222. PROVIAS NACIONAL presentó el expediente 57-2011, mediante el cual señala que a través de la instancia arbitral no se pueden discutir nuevamente en la vía judicial o en sede arbitral pretensiones que guarden vinculación con las pretensiones resueltas a través de un laudo que ha alcanzado la autoridad de cosa juzgada.

223. En el caso en concreto, la controversia de mayor actividad por parte del Contratista y la finalidad del reconocimiento del pago al momento de ejecutar la partida de mantenimiento, ya había sido discutido en otro laudo con anterioridad, el cual tiene el carácter de definitivo.

224. Asimismo, PROVIAS NACIONAL presentó el expediente CAS. 5114-09, mediante el cual se establece que no pueden ser objeto de arbitraje aquellas decisiones sobre adicionales emitidas por la Contraloría General de la República del Perú.

225. En ese sentido, PROVIAS NACIONAL señaló que, respecto a la negativa por parte de la Contraloría General de la República del Perú para aprobar el adicional de obra,

correspondería al Consorcio Neshuya realizar su impugnación y demandar a la Contraloría General de la República del Perú y a PROVIAS NACIONAL.

POSICIÓN DEL CONSORCIO NESHUYA:

226. Mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2011, el Consorcio Neshuya señaló que la presentación de dichas sentencias fue extemporánea. Debido a que no corresponde aportar documentos en la Audiencia de Informe Oral, cuando ya no existen más actuaciones pendientes, sólo la expedición del laudo.
227. Asimismo, el Consorcio Neshuya manifestó que, por tratarse de pronunciamientos judiciales expedidos en el marco de sendos procesos de anulación de laudo, estos no pueden ser realmente merituados fuera del contexto del caso particular en el cual se expidieron.
228. Sin embargo, el Consorcio Neshuya afirmó que las sentencias presentadas por PROVIAS NACIONAL se refieren a supuestos de hecho y de derecho distintos a los ventilados en la presente controversia arbitral.
229. Respecto al Expediente 57-2011, el Consorcio Neshuya señaló que no pretende que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre una pretensión que ha sido declarada infundada.
230. El Consorcio Neshuya afirmó que, si bien existió un laudo arbitral anterior, el Tribunal Arbitral declaró improcedentes las pretensiones reclamadas, dejando a salvo el derecho del Consorcio Neshuya de plantearlas en un nuevo proceso, por lo que no es correcto indicar que existe un pronunciamiento anterior sobre estos reclamos.
231. En todo caso, si PROVIAS NACIONAL hubiese considerado la existencia de cosa juzgada, el Consorcio Neshuya manifestó que pudo haberlo alegado de manera

oportuna, vía una excepción de incompetencia por cosa juzgada, situación que no ha sucedido.

232. Y, respecto al expediente CAS. 5114-09, el Consorcio Neshuya señaló que no pretende cuestionar la resolución de la Contraloría General de la República del Perú. A diferencia de lo pretendido en el proceso arbitral que originó la anulación de laudo arbitral, el Consorcio Neshuya reclama una indemnización por un daño ocasionado por la indebida actuación de PROVIAS NACIONAL durante la etapa de ejecución contractual.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

233. Respecto al Expediente 57-2011, este colegiado se remite a los alcances de los considerandos merituados en el acápite relativo al análisis de los “Alcances del Laudo Arbitral del 30 de octubre de 2009 y la cosa juzgada”, materia del presente laudo.

234. Al respecto, este colegiado considera que, en el presente caso, no se ha configurado el supuesto de cosa juzgada señalado en dicho expediente.

235. Por lo tanto, este Tribunal considera que es competente para conocer estas pretensiones.

236. Respecto al expediente CAS. 5114-09, este colegiado se remite a los alcances de los considerandos merituados en el acápite relativo al análisis de la “Segunda Cuestión Previa”, materia del presente laudo.

237. Es opinión del Tribunal que, lo pretendido por el Consorcio Neshuya en este proceso arbitral no versa sobre una decisión emitida por la Contraloría General de la República del Perú en ejercicio de sus funciones, sino respecto a controversias relativas a la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N° 177-2004-MTC/20.

Punto Controvertido Común:

238. El Punto Controvertido consiste en *“Determinar a quién o quiénes y en qué proporción corresponde asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere la tramitación del presente proceso arbitral”*.

POSICIÓN DE LAS PARTES:

239. En la demanda arbitral el Consorcio Neshuya no solicitó expresamente el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que se generarían como consecuencia de la tramitación del presente proceso.

240. En la contestación de demanda PROVIAS NACIONAL solicitó que sea la contratista quien deberá asumir el pago de los costos y costas que irrogue la tramitación del presente proceso, considerando que no existe sustento lógico ni jurídico que ampare la demanda; o de ser el caso y en supuesto negado que se declare fundada la demanda, éstos sean asumidos por ambas partes, en virtud del principio de equidad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

241. El numeral 35) de las Reglas del Proceso establece que el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre los costos del arbitraje de conformidad con el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071.

242. El Tribunal reconoce que la conducta de las partes se ha sujetado siempre a un correcto proceder y una conducta defensa de lo que cada una de ellas consideraba su legítimo derecho.

243. Así, si bien se han declarado fundadas las pretensiones incoadas por el Consorcio, Neshuya no es menos cierto que PROVIAS NACIONAL tenía y expuso argumentos

858

razonables, sin que ello suponga que debieran ser necesariamente acogidos por el Tribunal luego de una adecuada valoración de los hechos, las afirmaciones de la parte contraria y las pruebas ofrecidas.

244. Por ello, el Tribunal Arbitral considera que no existe sustento alguno para condenar a ninguna de las partes al pago de las costas y costos, por lo que los costos asumidos por las partes serán pagados por ellas mismas, mientras que los honorarios y gastos arbitrales deberán ser pagados por las partes en forma equitativa, esto es, en partes rigurosamente iguales.

IV. DECISIÓN RESOLUTIVA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En atención a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, en mayoría, RESUELVE:

Primero: Declarar INFUNDADA la Excepción de Incompetencia por Enriquecimiento Sin Causa.

Segundo: Declarar INFUNDADA la Excepción de Incompetencia contra la Segunda Pretensión Principal.

Tercero: Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal y en consecuencia ORDENAR a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del Consorcio de la suma de US\$ 2,217,148.64 (DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO Y 64/100 DÓLARES) más intereses legales devengados desde el 26 de abril de 2010.

Cuarto: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Quinto: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Sexto: Declarar FUNDADA parcialmente la Segunda Pretensión Principal y en consecuencia ORDENAR a PROVIAS NACIONAL el pago a favor del Consorcio de la suma de US\$ 1'449,489.45 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL


859

CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE Y 45/100 DÓLARES) más intereses legales devengados desde el 26 de abril de 2010.

Séptimo: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Octavo: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Noveno: DISPÓNGASE que cada parte asuma los costos y costas que sufrió, y el pago en partes iguales de los gastos y honorarios arbitrales.



ERNESTO VALVERDE VILELA
Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Árbitro



PATRICK HURTADO TUEROS
Secretario Arbitral

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO SEGUIDO ENTRE CONSORCIO NESHUYA CONTRA EL
PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL

VOTO EN DISCORDIA EMITIDO POR EL ÁRBITRO WEYDEN GARCÍA ROJAS

LIMA, 16 DE DICIEMBRE DE 2011

DEMANDANTE: CONSORCIO NESHUYA

DEMANDADO: PROYECTO ESPECIAL DE
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE
NACIONAL – PROVIAS NACIONAL DEL
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES

TIPO DE ARBITRAJE: NACIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL: ERNESTO VALVERDE VILELA (Presidente)
LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ
WEYDEN GARCÍA ROJAS.

SECRETARIO AD HOC: PATRICK HURTADO TUEROS

A continuación se procederá a analizar la primera pretensión principal, así como las pretensiones subordinadas a ésta, en forma conjunta. Luego, se analizará la segunda pretensión principal formulada por Consorcio Neshuya, toda vez, que es pertinente analizar la excepción deducida por PROVIAS NACIONAL referida la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre el fondo de la segunda pretensión, en vista de que se estaría analizando, una decisión de la Contraloría General de la República.

I. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, ASÍ COMO LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS A ÉSTA

1. De la institución de la cosa juzgada

Antes de pasar con el análisis de las excepciones deducidas por PROVIAS NACIONAL y de la materia controvertida sobre el fondo, el Árbitro suscrito considera pertinente efectuar algunas consideraciones y análisis sobre la institución de la cosa juzgada, en vista de que este caso, ya ha sido materia de pronunciamiento anterior por un Tribunal Arbitral, como consecuencia de las relaciones contractuales surgidas a partir de la suscripción del Contrato de Ejecución de obra N° 177-2004-MTC/20. Ello, a fin de no incurrir en algún vicio de nulidad sobre el presente laudo.

En la demanda arbitral interpuesta por CONSORCIO se ha hecho referencia a los dos procesos arbitrales anteriores, los cuales concluyeron lo siguiente:

1. Arbitraje N° 1: Por Resolución N° 24 de fecha 11 de diciembre de 2007 se resolvió que el Consorcio tiene derecho a un reajuste de la oferta y del precio contractual, por lo que tenía derecho a la aplicación de un reajuste de $k=1.1106$.

2. De otro lado, en el Laudo Arbitral N° 2 , se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

TERCERO: Declarar FUNDADA EN PARTE la Pretensión Accesorias
la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión

Principal. En consecuencia, se ORDENA a PROVIAS NACIONAL pagarle al CONSORCIO la suma de US\$ 196,431.10 (Ciento Noventa y seis Mil Cuatrocientos Treinta y Uno con 10/100 Dólares Americanos) más intereses.

CUARTO: Declara que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión principal al haberse declarado FUNDADA EN PARTE la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

QUINTO: Declara que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, en la medida que se ha declarado también que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

SEXTO: Declarar IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal.

SÉTIMO: Declarar que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, al haberse declarado IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal.

OCTAVO: Declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal.

NOVENO: Declarar IMPROCEDENTE la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.

DÉCIMO: Declarar que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal, al haberse declarado IMPROCEDENTE la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.

UNDÉCIMO: Declarar IMPROCEDENTE la Cuarta Pretensión Principal.

*DUODÉCIMO: Declarar que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto a la Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal, al haberse declarado IMPROCEDENTE la Cuarta Pretensión Principal.
(...)"*

- 3. De otro lado, en la demanda del Consorcio, se ha hecho referencia a la institución de la cosa juzgada. Sobre el particular, debemos expresar que la cosa juzgada ha sido definida por la doctrina como la autoridad atribuida a las resoluciones judiciales, respecto de las cuales operó preclusión de la capacidad impugnatoria y reconocen su inmutabilidad y exigibilidad interna, en el proceso en el que se emitieron y además le atribuyen oponibilidad externa, esto es, la obligatoriedad de la decisión para procesos futuros.
- 4. Al respecto, observamos que en nuestro ordenamiento jurídico, la cosa juzgada ha sido recogida en el artículo 123° del Código Procesal Civil:

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

- 1. *No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o,*
- 2. *Las partes renuncian expresamente a interponer medios probatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.*

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes, y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros, cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.

5. Resulta importante indicar que la precitada norma - Código Procesal Civil - no es un cuerpo legal que sea de aplicación supletoria a los procesos arbitrales. No obstante, las definiciones y regulaciones en dicho Código adjetivo se establece como una referencia teórica para el suscrito, con la finalidad de analizar la presente controversia.
6. Así tenemos que la institución de la cosa juzgada ó *res iudicata* ha sido citada por los órganos judiciales peruanos, siendo definida según los siguientes términos:

“ (...) es una garantía procesal mediante la cual se dota a ciertas resoluciones, generalmente sentencias, de una especial calidad que impide que entre las mismas partes se vuelva a debatir sobre el mismo asunto, igual causa (hechos) y objeto (pretensión) y dictarse nueva resolución”¹

7. Asimismo, la cosa juzgada ha sido mencionada en el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, en el artículo 59° referido a los efectos del laudo arbitral.

“1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

(...)”

8. Ahora bien, según la doctrina y la precitada norma del Código Procesal Civil, los requisitos de la cosa juzgada son los siguientes:

1. Casación N° 3338-98 Lima, El Peruano 27/10/1999, pág. 3825.

a. Identidad de personas: (limite subjetivo)

El demandante y demandado deben ser en ambos juicios la misma persona jurídica, es una identidad legal y no física, se trata más bien de una identidad legal de parte, es así, como puede suceder que una misma persona actúe en dos juicios en calidades jurídicas distintas, no produciéndose la identidad legal de personas, o por el contrario, puede suceder que dos personas físicas distintas actúen en dos juicios bajo una misma calidad jurídica.

b. Identidad de la cosa solicitada

Se entiende como el beneficio jurídico que se reclama en juicio y cuya sentencia determina, independiente de la materialidad del objeto al que el beneficio jurídico pueda referirse. Cuando el derecho que se discute es el mismo, aunque se trate de cosas materiales distintas, existe la identidad de la cosa pedida; de otro lado, cuando el derecho discutido es distinto, aunque la materialidad sea la misma, no existe la identidad.

c. Identidad de causa

Se encuentra definida como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio ¿Por qué se pide? Puede pedirse en dos juicios el mismo objeto aunque por causas distintas, no puede confundirse con los medios probatorios, no puede renovarse un pleito fundado en la misma causa de alegando un medio probatorio nuevo. Se dice que es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión, los fundamentos de derecho invocados le son indiferentes al juez.

9. Ahora bien, la Entidad al momento de efectuar sus argumentos de defensa, ha señalado, entre otras cosas, que en el Laudo Arbitral emitido por los doctores Luciano Barchi, Oswaldo Hundskopf y Alejandro Falla, se declaró improcedente la Segunda pretensión principal, la cual fue formulada en los siguientes términos:



SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

Que se reconozca que el demandante tiene el derecho a una indemnización originada en el enriquecimiento sin causa de PROVIAS NACIONAL a expensas del CONSORCIO como consecuencia de los mayores gastos en que se incurrió por mantenimiento de tránsito y seguridad vial

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia del amparo de la segunda pretensión principal, se solicita que el Tribunal Arbitral declare que la indemnización que debe pagar PROVIAS NACIONAL al CONSORCIO asciende a US\$ 2'088,821.54, más intereses, monto que corresponde al perjuicio producto del enriquecimiento sin causa del demandado a expensas del DEMANDANTE.

10. Al respecto, estimo pertinente revisar los considerandos que llevó al referido Tribunal Arbitral al momento de adoptar una posición en el Laudo Arbitral antes mencionado:

153. A lo anterior habría que añadir la posibilidad que tuvo el CONSORCIO de accionar con base a las reglas establecidas en el numeral 14 de las CEC, que establece:

"14.1 La (sic) obras adicionales son aquellas que no han sido consideradas en el Expediente técnico ni en el Contrato, cuya realización resultan indispensables y necesarias para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal. El Supervisor de la Obra preparará y presentará a PROVIAS NACIONAL, los Proyectos o Estudios Técnicos acompañados de sus correspondientes Presupuestos para la ejecución. Sólo procederá la ejecución de las Obras adicionales cuando



PROVIAS NACIONAL cuente con la Resolución de su máxima autoridad administrativa y en los casos de valor, restándole los presupuestos deductivos, no superen el cinco por ciento (5%) del monto total del contrato original. Su ejecución se hará en base al proyecto presentado por la Supervisión y aprobado por PROVIAS NACIONAL, simultáneamente con la Obra Principal.

154. De acuerdo con la definición de Obras Adicionales transcrita, éstas son las obras que cuya realización resultan indispensables y necesarias "para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal"

155. En opinión del Tribunal Arbitral, los trabajos realizados por el CONSORCIO, pese a que no estaban directamente vinculados con la ejecución de la obra principal (esto es, la rehabilitación y/o mejoramiento de la Carretera Huánuco – Tingo María – Pucallpa, Sector Aguaytía – Pucallpa, Tramo III: Neshuya - Pucallpa) sino en el cumplimiento a una obligación accesoria de cargo del CONSORCIO (el mantenimiento de tránsito de la Obra Vial durante el proceso de rehabilitación y/o mejoramiento de dicha vía) los mayores trabajos que hubieran sido realizados para completar dichas actividades podrían haber sido objeto del procedimiento recogido en el numeral 14 de las CEC. Más allá del mérito de dicha acción –cuya pretensión no ha sido planteada ni corresponde ser analizada por el Tribunal dentro del presente procedimiento, su sola existencia torna también improcedente la acción por enriquecimiento indebido, de conformidad con lo establecido por el artículo 1955° de Código Civil. (EL SUBRAYADO ES AGREGADO)


11. Del mencionado Laudo Arbitral N° 2, se desprende que los hechos que sustentan la Primera Pretensión Principal en este arbitraje, también fueron materia de discusión y análisis (segunda pretensión principal y la respectiva accesoria) ante el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Luciano Barchi Velaochaga, Alejandro Falla Jara y Oswaldo Hundskopf Exebio.
12. Es decir, en el presente arbitraje se ha discutido, tanto por la parte demandante como la demandada, que el importe solicitado como indemnización de la primera pretensión principal corresponde a un incumplimiento contractual por parte de la Entidad, o de lo contrario, se trataría de un supuesto de adicional de obra.
13. Atendiendo a lo expuesto en el párrafo precedente, considero de suma importancia lo manifestado por el Tribunal Arbitral anterior, en el sentido de que dicho colegiado indicó expresamente en los considerandos pertinentes, que los trabajos realizados por el Consorcio debieron tramitarse conforme a lo indicado en el numeral 14.1 del C.E.C del Contrato, esto es, como adicionales de obra, hecho que ha sido negado por Consorcio a lo largo del arbitraje.
14. Es por ello, que resulta importante revisar los considerandos por los cuales el Tribunal Arbitral emitió una decisión final en el Laudo Arbitral N° 2, toda vez que se debe respetar las decisiones adoptadas por los árbitros que conocieron de dicha causa, lo cual incluye no sólo el fallo definitivo sino también las razones y considerandos que concluyeron en la decisión final.
15. En tal sentido, resulta pertinente citar a la jurista Ana María Arrarte Arisnabarreta:

"(...) ¿es realmente posible conocer sobre que recae la autoridad de la cosa juzgada que vuelve inmutable lo decidido si sólo tenemos en cuenta la parte dispositiva o resolutive de la sentencia?

Si tenemos en cuenta que con anterioridad hemos señalado que es la pretensión lo que determina los límites objetivos de la cosa juzgada y que ésta se conforma además del petitorio de la causa petendi – donde encontramos precisamente los hechos que dieron lugar al conflicto cuya solución se somete a conocimiento del Órgano Jurisdiccional, es más, que nos permite identificar y distinguir un proceso de otro- ¿no será más trascendente conocer cuál es el conflicto o incertidumbre jurídica resuelto de manera definitiva e inmutable, que conocer el texto aislado del fallo en una resolución judicial?

Particularmente, consideramos indispensable para conocer los alcances de la cosa juzgada remitirse a los considerandos de la resolución, pues allí donde se puede apreciar cuál fue la causa petendi o cuáles fueron los fundamentos de hecho que sustentaron lo resuelto. En esa línea, nos inclinaríamos por considerar que es la decisión sobre un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica lo que debe tener la calidad especial de cosa juzgada, y no el fallo por sí mismo. ² (EL RESALTADO ES AGREGADO).

16. Sobre el particular, coincido íntegramente con la jurista Ana María Arrarte cuando señala expresamente que es la decisión sobre un conflicto de intereses lo que debe tener la calidad de cosa juzgada y no sólo el fallo. En

 este orden de ideas, el Consorcio ha señalado que, en el Laudo Arbitral N°

2. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, En: Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal, Año 2001, N° 1, página 34.

2, se dejó abierta la posibilidad de que se pueda formular una pretensión en un nuevo arbitraje.

Demanda (Página 15 - 16)

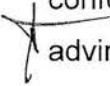
2.3.4. En ese sentido, el Tribunal manifestó que, en su opinión, existía la posibilidad de que el CONSORCIO NESHUYA interpusiera, cuando menos, una acción de resarcimiento, como es la que se plantea a través de una demanda arbitral.

17. Siguiendo la tesis formulada por el propio Consorcio que señala que puede exponer una pretensión indemnizatoria en un nuevo arbitraje, considero sobre este asunto que no hay controversia alguna, sin embargo, apreciamos que fue el propio Tribunal Arbitral anterior quien expresó que dicho reclamo debió tramitarse como un adicional de obra.

18. Al respecto, se encuentra verificado que el Consorcio a lo largo de todo el proceso arbitral ha negado dicha posibilidad, inclusive ofreciendo medios probatorios para contradecir dicha tesis (informe elaborado Cassagne). Por tales razones, considero que el Consorcio inexplicablemente ha incoado un arbitraje negando una premisa expuesta y analizada por el Tribunal Arbitral que emitió el Laudo Arbitral N° 2.

19. En consecuencia, atendiendo al razonamiento precedente y tomando en consideración lo que señala la jurista Ana Maria Arrarte Arisnabarreta (citada en los párrafos precedentes), la primera pretensión principal del ~~A~~ Consorcio debe ser desestimada.

20. Sin perjuicio de lo anterior, considero pertinente analizar la controversia de fondo sobre la primera pretensión principal que posee un carácter indemnizatorio:

- No está probado el daño como afirma el Consorcio, que la Entidad habría incumplido su obligación contractual de entregar un Expediente técnico adecuado, que reflejara la situación real de ejecución de la obra, el cual habría resultado incompatible con las condiciones reales existentes en el terreno al momento de ejecutar la Obra.
- Al respecto, es muy conocido en la práctica que los Expedientes técnicos de las obras públicas y privadas poseen un margen de error, lo cual conlleva a que las partes en el respectivo Contrato pacten las posibles contingencias; toda vez, que es frecuentes que se presenten situaciones, así como otras causales ajenas a la obra misma, por el que se tiene que reajustar los presupuestos, en este sentido, ante estas situaciones, no se puede conocer con anticipación cual será el costo definitivo de la obra, por esta razón, no es correcto sostener que los adicionales solo se producen por deficiencias u omisiones del expediente técnico, dado que pueden ser por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, y que el mismo está regulado por las normas y directivas de la contraloría de la república.
- En tal sentido, la tesis del Consorcio referidos al reconocimiento de un importe dinerario por concepto de indemnización sobre los posibles errores contenidos en el Expediente técnico no pueden atribuírsele directamente a la Entidad, por cuanto ésta ha actuado conforme a lo pactado en el Contrato. Por ello, si el Contratista  advirtió las deficiencias del Expediente técnico de la Obra en un

momento determinado debió informarle de ésta situación a PROVIAS NACIONAL, debiendo proceder conforme a los mecanismos previstos en el Contrato.

21. De esta forma, si amparamos la tesis esgrimida por el Contratista, llegaríamos a la conclusión que cualquier deficiencia mínima en el Expediente técnico y que en muchos casos no es imputable a la propia Entidad, pueda iniciarse un arbitraje con una pretensión indemnizatoria que deba ser resarcida por el Estado. Además, en nuestro ordenamiento jurídico las indemnizaciones están prevista para situaciones en las que pueda apreciarse que una de las partes haya obrado con dolo o culpa inexcusable o culpa leve. En el caso en concreto, tenemos que el Expediente técnico difiere de las condiciones reales encontradas en el lugar en la cual se desarrolló la obra, sin embargo, al igual que todos los contratos de obra, existe una regulación del riesgo de ésta, para lo cual el Contratista pudo reclamar el reconocimiento de obras adicionales o mayores metrados, en su debida oportunidad, según sea el caso.

22. De otro lado, no comparto la posición del Contratista cuando manifiesta que la Entidad habría incumplido su obligación de ejercer la dirección y control de la obra toda vez que, a criterio de la parte demandante, PROVIAS NACIONAL debió señalar que sólo se podía pagar el mayor costo incurrido mediante la tramitación de un presupuesto adicional. En ese sentido, considero que debió ser el propio Contratista quien debió actuar diligentemente al momento de la ejecución del Contrato y hacer efectivo sus reclamos con observancia de los términos contractuales y haciendo uso de los remedios establecidos en el Contrato, en caso hubiese considerado que había algún aspecto pendiente en la ejecución de éste.

23. Asimismo, debemos señalar que para que se configure un supuesto de ~~r~~responsabilidad civil, es necesario que concurran conjuntamente algunos

elementos (daño, relación causal y factor de atribución); en el caso que los referidos elementos no co-existan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible lo solicitado por la Demandante.

24. Por lo tanto, procederemos a analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, para constatar si en el caso concreto corresponde conceder al Contratista una indemnización, tal cual fue solicitada.

25. Al respecto, la doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización):

*"(...) es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño."*³

"Una condición que aparentemente se deriva de la anterior – pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado. (...) salvo intervenga una presunción (...), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que eiincumbit probatio, quidicit, non quinegat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño

3. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pag.: 17.

se produjo. En ese sentido, los tribunales han negado indemnización cuando el daño no se ha acreditado.”⁴

26. En el caso en concreto, se aprecia que la indemnización pedida por el Consorcio está en función a un supuesto daño; sin embargo, lo que se ha podido apreciar es que la suma dineraria reclamada no fue requerida en su debida oportunidad a la Entidad, es decir, el reclamo no fue debidamente encausado. Por tal motivo, deducimos que no existió el daño que ahora se reclama, máxime si se tiene en cuenta que la Entidad, a nuestro criterio, en ningún momento actuó de forma dolosa o culposa o leve en detrimento del Consorcio.

27. Atendiendo a lo antes señalado y de una revisión de las pruebas presentadas por las partes concluyo que, en el caso concreto, el Contratista no ha acreditado fehacientemente la existencia del daño que reclama, pues con las pruebas presentadas no ha demostrado la existencia de éste en perjuicio del Contratista, en consecuencia, los medios probatorios ofrecidos por dicha parte no ha creado convicción a criterio del suscrito.

28. Así, la acreditación o comprobación de un daño no resulta de la afirmación de una parte, sino que ésta, conforme se ha indicado, está en la obligación de ejercer la probanza real y efectos de ese daño, pues como se señaló el perjuicio alegado debe producir un daño real, sin ello tal acción no puede ser pasible de sanción alguna.

29. En ese sentido, carece de objeto que se continúe con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad civil, toda vez que sin el daño (uno de los elementos esenciales que la configuran, el cual puede construir el origen del mismo), no se puede presentar tal figura; en tal sentido, no

4. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Pag.: 21.

existiendo un daño probado que debe ser indemnizado, las pretensiones referidas a estos puntos deben declararse infundadas.

30. Respecto a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, estimo relevante señalar que el abuso del derecho se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros.

31. Queda por definir el supuesto abuso de derecho que habría incurrido la Entidad, a efectos de imputar la responsabilidad. La doctrina indica con claridad que el contenido de las obligaciones de un contrato no pueden limitarse al sentido literal de los términos en ella recogida, sino que pueden derivarse estipulaciones implícitas de las que se derivan verdaderas obligaciones cuyo cumplimiento es perfectamente exigible, a la luz de lo que indica la buena fe.

32. Satanowsky explica sobre como el principio de buena fe ayuda a comprender el correcto sentido de los contratos:

"(...) en todo contrato debe distinguirse entre lo expresamente pactado en él y lo que surge implícitamente. En lo primero impera la voluntad de las partes expresada en el contrato. En lo segundo el concepto de buena fe juega su verdadero rol,

indicando la forma como debe procederse para dar cumplimiento a la obligación"⁵.

33. En sentido similar se pronuncia Manuel de la Puente:

*"El contrato solo obliga a la prestación ofrecida, abarca solo aquello que está incluido en la declaración de voluntad que lo ha generado. Pero es entendido que se trata de la voluntad manifestada ya en forma explícita o en forma implícita."*⁶

34. En este mismo sentido, López de Zavalía, citado por de la Puente, concluye lo siguiente:

*"Cuando las partes previeron las circunstancias a ocurrir en la ejecución del contrato, la buena fe exige cumplir con lo previsto. Sin embargo, son muy raros los casos en que las palabras de los contratos son tan precisas que no permiten una cierta pluralidad de posibilidades según las circunstancias. Es en este campo de las posibilidades donde actúa la buena fe lealtad"*⁷.

35. En la misma línea, y comentando expresamente el artículo 1362, De La Puente señala:

"Se ha visto que la norma en el artículo 1361 del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya

⁵SATANOWSKY, Marcos. Estudios de derecho mercantil. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I. p. 205. Citado por: DE LA PUENTE, Manuel. Op.cit., p. 382.

⁶ DE LA PUENTE, Manuel. La Fuerza de la Buena Fe. En Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios. P. 279.

⁷LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los contratos. Buenos Aires, 1971. P. 93. Citado por DE LA PUENTE, Manuel. Op.cit., p. 382.

*expresado en ellos, tiene carácter imperativo en virtud de haber sido impuesta por el ordenamiento jurídico. También tiene el mismo carácter la exigencia de ejecutar contratos según las reglas de la buena fe, a que se refiere el artículo 1362 del mismo Código, por usar la expresión "deben" en su sentido de estar obligados los contratantes a cumplir un mandato dictado por la ley positiva."*⁸

36. Y luego, más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

"Tratándose de la institución del contrato, éste constituye un acuerdo de voluntades que obliga a las partes a ejecutar sus respectivas prestaciones de la manera pactada, pero siendo imperativa la norma que establece que los contratos –se entiende todos ellos- deben ejecutarse según las reglas de la buena fe-lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal como si fuera una estipulación del mismo. Es así como se reconoce que la buena fe, en la ejecución del contrato juega un rol "completivo" (complétive) –descubierto por DEMOGE y popularizado por DE PAGE- en virtud del cual, la lealtad y deber de colaboración acrecientan las obligaciones nacidas del contrato."

37. Y concluye el mismo autor⁹:

"(...) si la buena fe en la ejecución del contrato juega un rol de integrar éste, en el sentido que el deber de actuar de buena fe forma parte del contrato y se transforma en obligación

⁸ DE LA PUENTE, Manuel, La Fuerza de la Buena Fe..., p.283

⁹ DE LA PUENTE, Manuel. "La Fuerza de la Buena Fe..." pp. 285

emanada de éste, al igual que las otras obligaciones estipuladas convencionalmente en el mismo, de tal manera que el incumplimiento de aquella obligación da lugar a la resolución del contrato por incumplimiento, en aplicación del artículo 1428 del Código Civil."

38. Si bien la cita anterior se refiere a la resolución por incumplimiento, que no es objeto de análisis en este caso, lo que se deriva de la afirmación que antecede es que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la buena fe tienen todas las consecuencias que se derivan de la inejecución de las obligaciones contenidas en el contrato, incluyendo la responsabilidad por incumplimiento o la posibilidad de exigir la ejecución forzada de la obligación.
39. Por lo tanto, una violación de la obligación de actuar con buena fe (sea en la etapa de negociación, celebración o ejecución del contrato) constituiría un incumplimiento, que sería susceptible, según el caso, de reclamación en la vía arbitral o judicial.
40. Como ya se indicó, debe entenderse que actuar de buena fe significa que debe mostrarse una actitud de cooperación entre las partes encaminada a que se cumplan las expectativas de ambas. A decir de Betti¹⁰, "*(...) La buena fe de que se trata aquí (...) es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte*".

¹⁰BETTI, Emilio. "Op. Cit. pp. 78.

41. En el mismo sentido, Manuel De La Puente¹¹ señala que el actuar leal de cada una de las partes debe ir dirigido a que las prestaciones de cargo de una parte resulten lo más beneficiosa posible para la otra:

“Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulte más beneficiosa para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos.”

42. Igualmente, resulta pertinente sobre este aspecto la opinión de Larenz¹², quien se pronuncia respecto de la triple función de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos:

“En primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él. En segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente. En tercer lugar, se dirige a todos los participantes en la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido de esta especial vinculación y a una conciencia honrada”.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General” Tomo I. Palestra. Lima, 2001. pp. 378.

¹² LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, Tomo I. p. 146.

43. La doctrina expuesta indica con claridad que el contenido de las obligaciones de un contrato no pueden limitarse al sentido literal de los términos en ella recogida, sino que pueden derivarse estipulaciones implícitas de las que se derivan verdaderas obligaciones cuyo cumplimiento es perfectamente exigible, a la luz de lo que indica la buena fe.

44. Ahora bien, el Consorcio sostiene que la Entidad habría abusado de su derecho de ejercer la dirección y fiscalización de la obra y de su derecho contractual a recibir la prestación del Consorcio. Al respecto, considero que la Entidad no ha incurrido en abuso de derecho al ejercer la dirección o fiscalización de la obra, toda vez que la pretensión formulada por la Demandante no ha sido encausada como un adicional de obra, pese a lo dispuesto por el Tribunal Arbitral que emitió el Laudo Arbitral N° 2.

45. Por ello, no compartimos la tesis esgrimida por la parte demandante cuando sostiene que, "en el caso que debió tramitarse como un Presupuesto adicional", la Entidad debió encargarse del procedimiento para el reconocimiento de éste. Al respecto, lo argumentado por el Consorcio no resiste el mayor análisis, en vista de que como se puede apreciar, lo que trata de hacer el Contratista es trasladar su propia responsabilidad respecto a solicitar un reconocimiento de un adicional de obra a PROVIAS NACIONAL. Como es sabido, en los contratos de obra, el Contratista es quien debe hacer saber al propietario (en este caso la Entidad) las posibles contingencias encontradas en la obra. De tal manera, que conjuntamente se corrigen los posibles desequilibrios económicos en las prestaciones inicialmente pactadas en el Contrato.

46. A continuación, analizaremos si la situación descrita y alegada por el Consorcio se encuentra dentro del supuesto de hecho de los artículos 1954°



y 1955° del Código Civil. De esta manera, podemos afirmar que el enriquecimiento sin causa posee los siguientes elementos:

- El empobrecimiento de una persona.
- El enriquecimiento de otra.
- El vínculo de causalidad entre el enriquecimiento de la segunda y el empobrecimiento de la primera.
- Falta de una causa justificante del enriquecimiento.
- Carácter residual.

47. Consideramos que antes de analizar los tres primeros elementos del enriquecimiento sin causa, a fin de establecer con certeza si las circunstancias y demás hechos que se describen en el expediente se enmarcan en los supuestos del artículo 1954° del Código Civil.

48. Con relación al carácter residual del enriquecimiento sin causa, el jurista Mario Castillo Freyre¹³ señala lo siguiente:

“En ese sentido, resulta conveniente aclarar que el enriquecimiento sin causa solo procede en el Derecho peruano cuando no exista otro mecanismo para remediar el empobrecimiento injustificado, según lo establecido por el artículo 1955° del Código Civil.”

49. Por su parte, el jurista Manuel Rebollo Puig señala lo siguiente:

“(…) el enriquecimiento sin causa desplegará sus efectos propios cuando no hay contrato en “buena y debida forma”, o cuando sea

¹³CASTILLO, Mario “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa” IUS Doctrina & Práctica N° 2, Lima: Grijley, 2009

*anulado, o si acaso, cuando se produzcan "prestaciones suplementarias no previstas en el contrato inicial"*¹⁴

50. El enriquecimiento sin causa, es una institución jurídica que al fundarse en un principio de equidad que informa al derecho en general puede generarse dentro o fuera de un contrato.

51. Cabe preguntarse qué otro mecanismo cuenta el Consorcio para hacer valer su derecho a una restitución de la supuesta carga económica asumida referida a los gastos incurridos y que habrían sido a favor de Provias Nacional. Por un lado, la Demandante pudo accionar su derecho, a fin de que se le restituya lo supuestamente ejecutado como un adicional de obra, no obstante, el Consorcio no ha observado lo dispuesto en el Laudo Arbitral N° 2.

52. En ese sentido, se aprecia que, al analizar el aspecto residual del enriquecimiento sin causa, se emitió una decisión acerca del concepto reclamado, es decir, el anterior Tribunal Arbitral fue claro y determinante que dicho reclamo debió enfocarse como un adicional de obra, debiendo argumentar los pactos contenidos en el Contrato de obra. Resulta por demás evidente que la controversia relativa a los trabajos de mantenimiento y seguridad de la obra deviene en infundada, debido a que el anterior Tribunal Arbitral manifestó que el Contratista debió efectuar dicho reclamo como una obra adicional, que era el mecanismo que el Consorcio tuvo para reclamarlo en su oportunidad.

53. Por todo lo expuesto, considero que debe declararse infundada la primera principal, así como las respectivas pretensiones subordinadas a ésta.

¹⁴ REBOLLO PUIG, Manuel "El enriquecimiento injusto de la Administración Pública" Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, pp 267



**II. ANALISIS DE LA EXCEPCIÓN DEDUCIDA POR LA ENTIDAD
RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

1. La presente excepción u objeción al arbitraje respecto de la segunda pretensión principal está referida a un cuestionamiento que se ha formulado debido a que la Entidad considera que los árbitros son incompetentes para conocer sobre dicha controversia debido a que se estaría contraviniendo una disposición de la Contraloría General de la República.

2. Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, resulta de aplicación directa al presente proceso el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, en el que se dispone lo siguiente:

“Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás



estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada

mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.”

- 3. Este artículo de la Ley Peruana regula lo que en doctrina se conoce como el principio del Kompetenz – Kompetenz, por el cual le corresponde al propio Tribunal determinar su competencia, que en palabras de Eduardo Silva Romero consiste en:

“busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral.”¹⁵

- 4. El Tribunal Constitucional peruano ha refrendado la plena vigencia de este principio y en la Sentencia N° 617-2005-HC/TC del 28 de febrero de 2006, ha señalado:

“(…) Es por tal motivo que el tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio del “kompetenz-kompetenz” previsto en el art. 39° de la Ley General de Arbitraje – Ley num. 26572- que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y el art. 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones

¹⁵Citado por SOTO COAGUILA, Carlos, en Arbitraje Comercial internacional en el Perú. Marco Legal y Jurisprudencia, obra colectiva: "El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencia." Editora Legis. Colombia, 2009. Pág. 620

vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción a la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.”

- 5. Resulta pues evidentemente, como consecuencia de dicha potestad citada en la precitada norma, el Tribunal Arbitral está facultado para determinar cuál es la materia controvertida que ha sido sometida a arbitraje; es decir, está facultado para delimitar su propia competencia objetiva y subjetiva. En tal sentido, está facultado para decidir sobre la excepción formulada por PROVIAS NACIONAL contra el Consorcio en el presente arbitraje.

- 6. En este sentido, respecto a la objeción planteada por PROVIAS NACIONAL, el suscrito considera que la controversia suscitada entre las partes, esto es, Consorcio Neshuya y PROVIAS NACIONAL, se encuentra vinculada a determinar si la pretensión está dirigida a que se pague el importe de US\$ 1'457,520.56 más los intereses respectivos y si ello implicaría contravenir la Resolución N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006.

- 7. Hasta aquí debemos recordar que por Resolución N° 1278-2006-MTC/20 de fecha 16 de mayo de 2006, la Entidad resolvió aprobar un Presupuesto Adicional de obra N° 06 por el importe de US\$ 11'600,851.35 incluido el

I.G.V. Sobre el particular, debido al monto involucrado, PROVIAS NACIONAL sometió dicho Presupuesto a evaluación y aprobación de la Contraloría General de la República. Sin embargo, por Resolución de Contraloría N° 324-2006-CG de fecha 31 de octubre de 2006 se resolvió aprobar el Presupuesto Adicional N° 6 hasta por la suma de US\$ 9'726,398.46. Es por ello que el Consorcio formula la segunda pretensión para que se reconozca el saldo que inicialmente se había reconocido.

- 8. Resulta importante traer a colación la cláusula décima sexta del Contrato, al cual dispone expresamente lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: Solución de Controversias

16.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley".

- 9. Al respecto, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 estipula:

"Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General."

- 10. Asimismo, el numeral literal k) del artículo 22 de la Ley 27785 dispone, que entre las atribuciones de la Contraloría General de la República, se encuentra la siguiente:

"k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento."

- 11. De otro lado, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas que la ley o acuerdo o tratados internacionales autoricen.

- 12. De una lectura de las citadas normas, podemos advertir que la pretensión indemnizatoria del Consorcio conllevaría a emitir un pronunciamiento sobre una materia que considero no arbitrable, porque es inherente a facultades de *ius imperium* del Estado, consistente en la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

[Handwritten mark]

- 13. Es decir, tanto el convenio arbitral como las normas precitadas determinan con claridad que la atribución de la Contraloría General de la República consiste en aprobar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra corresponde a una potestad de *ius imperium* del Estado, y por lo tanto no puede constituir una materia arbitrable.

- 14. A mi criterio, el Consorcio a través de la segunda pretensión indemnizatoria trata de evitar los efectos de una norma legal - como la referida a las atribuciones de la Contraloría General de la República - con la finalidad de que se le reintegre, vía indemnización, el importe dinerario no reconocido por la Contraloría General de la República.

- 15. En tal sentido, de una revisión de la Segunda Pretensión Principal, e incluso sus dos pretensiones subordinadas, se verifica que, en efecto el Consorcio reclama una indemnización por los daños respecto del actuar de PROVIAS NACIONAL, lo cual le habría causado un daño durante la ejecución del Contrato, por el incumplimiento de obligaciones contractuales (pretensión principal), el abuso de derecho (primera pretensión subordinada) o un enriquecimiento sin causa por PROVIAS NACIONAL. Sin embargo, considero que emitir una decisión sobre el fondo sobre de esta pretensión no hace más que atentar contra una norma legal imperativa y cuyo sentido teleológico nos remite a concluir que determinadas materias en contratación pública no pueden ser vistas ni analizadas en la vía arbitral.

- 16. Por tanto, los reclamos del Consorcio deben ser desestimados, toda vez que en el supuesto negado de que la pretensión fuese amparada, se estaría reconociendo una situación jurídica que ha sido prohibida por el propio legislador de ser vista vía proceso arbitral. En tal sentido, si seguimos la tesis del CONSORCIO podríamos llegar a afirmar que los contratistas pueden formular una serie de pretensiones indemnizatorias vinculados a pedidos de reconocimiento de obras adicionales (cuyo monto sobrepasa los límites

permitidos por la ley) *so pretexto* de que las Entidades no han cumplido con entregar la información debida y pertinente a la Contraloría General de la República, es decir, bajo esta lógica los contratistas tendrían expedita la vía arbitral para el reconocimiento de montos dinerarios no reconocidos por la Contraloría General de la República y encausarlos vía indemnización.

17. En conclusión, debe desestimarse la segunda pretensión principal, así como las dos pretensiones subordinadas a ésta.

18. Por último, de conformidad con el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje, paso a pronunciarme sobre los costos del presente arbitraje. Por ello, sostengo que, en consideración a las pretensiones del Consorcio y que han sido desestimada y en vista de que no se ha acreditado fehacientemente que haya sido PROVIAS NACIONAL quien haya incumplido con sus obligaciones contractuales se dispone que sea Consorcio Neshuya quien asuma el íntegro de las costas y costos del presente proceso arbitral.

En atención a las consideraciones expuestas, **SE LAUDA:**

Primero: Declárese **INFUNDADA** la excepción de incompetencia por enriquecimiento sin causa.

Segundo: Declárese **FUNDADA** la excepción de incompetencia contra la Segunda Pretensión Principal.

Tercero: Declárese **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal formulada por Consorcio Neshuya.

Cuarto: Declárese **INFUNDADA** la primera pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Quinto: Declárese **INFUNDADA** la segunda pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal.

Sexto: Declárese que carece de objeto pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Principal, así como las demás pretensiones subordinadas.

Séptimo: **CONDENESE** a Consorcio Neshuya al pago del íntegro de los costos y costas del presente proceso arbitral.



WEYDEN GARCÍA ROJAS
Árbitro



PATRICK HURTADO TUEROS
Secretario ad hoc